

Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale del lavoro

CHILLING EFFECT E DIRITTO PENALE DEL LAVORO

Chiar.mo Prof. Rocco Blaiotta

RELATORE

Chiar.mo Prof. Emanuele Biritteri

CORRELATORE

Raffaele Neri (Matr. N. 169793)

CANDIDATO

Anno Accademico 2025/2026

Indice:

Introduzione:	3
CAPITOLO I - Il <i>chilling effect</i> : fondamenti concettuali e ricostruzione comparata	5
1. Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione	6
2. La “chilling effect doctrine” nell’esperienza statunitense.....	13
3. Il recepimento (parziale) della chilling effect doctrine in ambito europeo, sovrnazionale e convenzionale, quale strumento di valutazione della proporzionalità sanzionatoria.....	24
4. L’ <i>Einschüchterungseffekt</i> nella giurisprudenza del Tribunale Federale Costituzionale tedesco	29
5. La contenuta eco del chilling effect e dell’ <i>Einschüchterungseffekt</i> nel contesto ordinamentale italiano	34
6. Conclusioni.....	38
CAPITOLO II - Dal <i>chilling effect</i> al diritto penale del lavoro: profili di connessione sistemica	42
1. Premessa metodologica, ipotesi di ricerca e delimitazione del problema.....	42
2. Il chilling effect come eccesso di general-prevenzione negativa	48
3. <i>Chilling effect</i> e gestione del rischio lavorativo	51
4. Conclusioni.....	64
CAPITOLO III - Analisi di contesto ed ipotesi di razionalizzazione del sistema.....	66
1. L’evoluzione del sistema di protezione dal rischio lavorativo	67
2. I soggetti del diritto penale del lavoro.....	89
3. L’individuazione dei soggetti responsabili.....	138
4. L’indeterminatezza della colpa penale nel diritto penale del lavoro e il valore dell’autonormazione.....	174
5. L’apparato sanzionatorio posto a presidio dell’effettività della disciplina.....	224
6. I fattori di “raffreddamento” insiti nella disciplina del T.U.	258
7. Possibili rimedi <i>de iure condendo</i> alla luce della teoria del “raffreddamento”:.....	263
Conclusioni:	268
Bibliografia:	273

CHILLING EFFECT E DIRITTO PENALE DEL LAVORO

Introduzione:

La presente ricerca muove da un'ipotesi precisa: nel diritto penale del lavoro il *chilling effect* non descrive soltanto un fenomeno sociologico di dissuasione, ma può assurgere a vera e propria categoria critica di analisi giuridica, utile a verificare quando la combinazione tra obblighi prevenzionistici aperti, enforcement prevalentemente *ex post* e progressiva dilatazione delle sfere di garanzia produca un effetto di *overdeterrence*, idoneo a raffreddare non solo la disponibilità ad assumere il ruolo di garante, ma, più in generale, l'esercizio di attività lecite, socialmente utili e costituzionalmente rilevanti. In questa prospettiva, l'obiettivo della tesi è duplice: da un lato, ricostruire il significato teorico e operativo della categoria del *chilling effect*; dall'altro, verificarne la tenuta euristica e la spendibilità critica nel diritto penale del lavoro, con particolare riguardo ai punti in cui il sistema prevenzionistico rischia di oltrepassare la soglia compatibile con i principi di legalità, colpevolezza e responsabilità per fatto proprio.

Il primo capitolo affronta il tema sul piano dei fondamenti concettuali e della ricostruzione comparata. Dopo avere collocato il *chilling effect* entro la più ampia categoria degli "effetti collaterali" delle scelte di criminalizzazione, l'analisi si concentra dapprima sulla *chilling effect doctrine* statunitense: ne vengono ricostruiti l'origine nel contesto del Primo Emendamento, i presupposti teorici, la struttura e i principali rimedi — dalle *buffer zones* al *penalty sensitive approach*. Successivamente, il capitolo segue la ricezione, solo parziale, del modello in ambito europeo, convenzionale ed eurounitario, per poi soffermarsi sulla figura affine dell'*Einschüchterungseffekt* nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht. La chiusura del capitolo è dedicata alla contenuta eco di tali modelli nell'ordinamento italiano, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale sull'abuso d'ufficio e alla nozione di "paura della firma", così da mettere in luce come il tema del raffreddamento possa già oggi operare quale argomento critico delle scelte politico-criminali.

Il secondo capitolo segna il passaggio dalla comparazione alla verifica sistematica. In esso la categoria del *chilling effect* viene sottratta tanto a improprie sovrapposizioni con il tema delle scriminanti e dell'errore sul precetto, quanto a un'identificazione semplicistica con i meri vizi di determinatezza e tassatività. Il cuore del capitolo consiste, infatti, nel collocare il raffreddamento sul terreno della general-prevenzione negativa, intesa come area nella quale l'eccesso di deterrenza può comprimere diritti ulteriori rispetto a quelli protetti dalla fattispecie

incriminatrice. Su tale base, la ricerca prende in esame il nesso tra *chilling effect* e gestione del rischio lavorativo, soffermandosi, in particolare, sullo *standard* della “massima sicurezza possibile”, sull’obbligo di valutazione dei rischi, sulla ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza, sul principio di effettività e sulla delega di funzioni. La conclusione del capitolo mette a fuoco il punto centrale dell’indagine: in un sistema ad alto tasso di apertura normativa, il raffreddamento si manifesta come “fuga dal ruolo di garanzia” e come tendenziale rinuncia all’assunzione di compiti e responsabilità percepiti come penalmente esposti in misura non governabile.

Il terzo capitolo, che costituisce il nucleo più ampio e propositivo dell’elaborato, sviluppa la verifica della tesi sul terreno del diritto penale del lavoro in senso stretto. Una prima parte ricostruisce, in chiave storico-normativa, l’evoluzione del sistema di protezione dal rischio lavorativo: dalla logica assicurativo-indennitaria originaria, al modello tecnico-prescrittivo degli anni Cinquanta, sino alla svolta organizzativa e partecipativa impressa dal d.lgs. 626/1994 e, in seguito, dal d.lgs. 81/2008. Una seconda parte analizza i soggetti del sistema – datore di lavoro, dirigente, preposto, RSPP, medico competente, RLS e lavoratore – valorizzando il principio di effettività, la delega di funzioni e il ruolo dell’autonormazione nell’individuazione concreta delle sfere di competenza. Una terza parte affronta poi i meccanismi di imputazione: posizione di garanzia, causalità, imputazione oggettiva dell’evento, criterio della competenza, delimitazione del rischio lavorativo, ruolo del comportamento del lavoratore e ricostruzione giurisprudenziale del nesso di rischio, sino alla paradigmatica vicenda del disastro ferroviario di Viareggio.

Sempre nel terzo capitolo, l’attenzione si sposta quindi sul tema dell’indeterminatezza della colpa e sul valore dell’autonormazione. In questa sezione la ricerca esamina il rapporto tra colpa generica e colpa specifica, il ruolo dell’art. 2087 c.c., il dibattito sullo standard di diligenza esigibile, il confronto tra “massima sicurezza tecnologicamente possibile” e “massima sicurezza concretamente praticabile”, nonché il bilanciamento tra salute e iniziativa economica nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. A ciò si aggiunge la riflessione sulla codificazione delle regole cautelari, sulla funzione del *soft law*, sui protocolli condivisi emersi durante l’esperienza pandemica, sulla tendenza all’iper-oggettivizzazione della colpa datoriale e sulla dimensione relazionale della colpa, sino alla controversa funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. in tema di cooperazione colposa. Il capitolo approda, quindi, all’analisi dell’apparato sanzionatorio del T.U., delle procedure estintive delle contravvenzioni, delle fattispecie di comune pericolo e dei fattori di raffreddamento insiti nel sistema vigente.

Nelle pagine finali dell'elaborato, la ricerca assume un taglio apertamente propositivo. Muovendo dalla constatazione che il problema centrale del sistema vigente risiede nella scarsa definizione dell'area di rischio lecito consentito, la tesi formula alcuni possibili rimedi *de iure condendo*: l'introduzione di una clausola di *reasonable practicability*; il rafforzamento di fonti ufficiali e "qualificate" di *soft law*; il potenziamento dei meccanismi di asseverazione e certificazione *ex ante* del DVR e dei modelli organizzativi; l'incentivazione economica delle imprese virtuose; la razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, anche tramite una diversa modulazione tra illeciti amministrativi, contravvenzioni e delitti di pericolo; infine, la costruzione di fattispecie più selettive e maggiormente coerenti con il principio di colpevolezza, sino a ipotizzare una rilevanza espressa della colpa non lieve nei livelli offensivi più avanzati. In tal senso, il lavoro non intende proporre un arretramento della tutela penale della salute e sicurezza del lavoratore, ma, al contrario, una sua più rigorosa razionalizzazione, capace di evitare che l'eccesso di deterrenza ne comprometta l'effettività.

In definitiva, l'itinerario che segue si propone di mostrare come il *chilling effect*, lungi dall'essere una formula descrittiva o una mera metafora, possa costituire una chiave di lettura unitaria delle principali aporie del diritto penale del lavoro contemporaneo. Proprio perché questo settore nasce per presidiare beni di rango primario, esso richiede un equilibrio particolarmente delicato: un equilibrio che eviti tanto la sottotutela della salute e della vita del lavoratore, quanto la trasformazione dell'obbligo di sicurezza in un dovere dai confini incerti e tendenzialmente illimitati. È su questo crinale che la ricerca colloca il proprio contributo: verificare se, e a quali condizioni, un diritto penale del lavoro più determinato, più prevedibile e più selettivo possa essere anche un diritto penale più giusto e, per ciò stesso, più efficace.

CAPITOLO I - Il *chilling effect*: fondamenti concettuali e ricostruzione comparata

SOMMARIO: 1. Gli effetti "collaterali" delle scelte di criminalizzazione; 2. La "*chilling effect doctrine*" nell'esperienza statunitense; 2.1. Origine e presupposti della *chilling effect doctrine*; 2.2. I presupposti teorici della *chilling effect doctrine* e l'irrelevanza delle "*behavioral proofs*"; 2.3. Struttura, dinamiche e rimedi del *chilling effect* nell'esperienza statunitense 3. Il recepimento (parziale) della *chilling effect doctrine* in ambito europeo, sovranazionale e convenzionale, quale strumento di valutazione della proporzionalità sanzionatoria; 4. L'*Einschüchterungseffekt* nella giurisprudenza del Tribunale Federale Costituzionale tedesco; 5. La contenuta eco del *chilling effect* e dell'*Einschüchterungseffekt* nel contesto ordinamentale italiano; 6. Conclusioni.

La tesi muove da un'ipotesi precisa: nel diritto penale del lavoro il *chilling effect* non descrive soltanto un fenomeno sociologico di dissuasione, ma può fungere da categoria critica per verificare quando la combinazione tra obblighi prevenzionistici aperti, enforcement prevalentemente *ex post* e dilatazione delle sfere di garanzia produca un effetto di *overdeterrence*, idoneo a “raffreddare” l’assunzione del ruolo di garante e, più in generale, l’esercizio di attività lecite e socialmente utili.

L’indagine seguirà, perciò, un percorso in due tempi: dapprima la ricostruzione del modello comparatistico del *chilling effect*; poi la sua verifica sul terreno del diritto penale del lavoro, con particolare attenzione ai fondamenti costituzionali della tutela, ai controlimiti imposti dai principi di colpevolezza e responsabilità per fatto proprio, al perimetro del rischio lavorativo, al nesso tra colpa ed evento e alla funzione del sottosistema contravvenzionale.¹

1. Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione

Il cittadino, nello svolgimento delle proprie attività quotidiane e, in particolare, nel compimento di scelte potenzialmente rilevanti sotto il profilo penalistico all’interno di contesti lavorativi, professionali o imprenditoriali complessi, sperimenta con crescente frequenza la difficoltà di individuare con sufficiente chiarezza i confini tra lecito e illecito. Tale esigenza di prevedibilità diviene di assoluta coerenza nei settori in cui l’intervento del diritto penale si innesta su attività in sé lecite e socialmente utili, spesso oggetto di una diretta copertura costituzionale.

È in questo quadro che, nella scienza penalistica italiana, va progressivamente emergendo un dibattito critico sugli “effetti collaterali”² delle scelte di criminalizzazione, specie con riferimento a quelle che possano indirettamente incidere sull’esercizio di libertà costituzionalmente garantite: nel momento in cui l’ordinamento decide di perseguire penalmente un comportamento, puntando al raggiungimento di determinati obiettivi di protezione sociale, inevitabilmente produce conseguenze ultronee rispetto al finalismo originario. Conseguenze, queste ultime, apprezzabili esclusivamente tenendo conto di come tal opzione venga poi attualizzata nella prassi operativa, nell’intera dinamica della criminalizzazione: si tratta, difatti, di “effetti” attinenti al piano dell’essere, essi sostanziandosi

¹ F. A. SIENA, Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro, in A. MANNA (a cura di), Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro, CEDAM, Padova, 2023, spec. p. 4 e 12-13.

² M. GALLI, *Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, (a cura di) M. GALLI, N. RECCHIA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 16 e s.

in fenomeni materiali – naturalistici ed empiricamente descrivibili – derivanti non già solo dalla comminatoria edittale ma, al contrario, dalla norma penale tutta, ivi compreso il suo precetto.³

Rispetto alla natura “collaterale” degli effetti suddetti, essa deve anzitutto intendersi in termini di «*ultrattività della scelta regolativa*»^[4]: nell’ambito della scienza della legislazione, l’analisi preventiva inerente all’impatto che una determinata *policy* produrrà nella concreta dinamica interattiva fra regolazione e soggetti regolati – si sostiene – non può tener conto delle sole «*conseguenze previste e desiderate*», ma bensì pure di «*tutti gli altri effetti collaterali*»: collaterali in quanto “non ricercati”, non coincidenti con le finalità ufficiali perseguite dal *policymaker*.⁵

Se la locuzione “effetto collaterale” può connotarsi, su un piano valoriale, di un’accezione tanto negativa (si pensi, ad esempio, all’accezione con la quale suole riferirsi agli “effetti collaterali dei farmaci”) quanto pure positiva (in termini di benefici non ricercati, di serendipità), è proprio la prima a venir primariamente in rilievo in relazione alle scelte di criminalizzazione.

Le ragioni sono principalmente due: anzitutto, rispetto a queste ultime, gli effetti collaterali “negativi” sono decisamente più probabili di quelli “positivi”, e ciò in considerazione della peculiare natura del “mezzo” tramite il quale lo scopo viene perseguito – ovverosia – la minaccia di pena (e delle conseguenti attività di polizia finalizzate alla scoperta dei reati, il procedimento e il processo penale...), dotata di una intrinseca dannosità sociale e di un raggio applicativo potenzialmente amplissimo; in secondo luogo, la scelta di punire – oltre a dover essere “controbilanciata” dagli “effetti positivi” ad essa conseguenti – deve risultare in primis legittimata: legittimazione particolarmente “debole” in ragione del contenuto di privazione e sofferenza in essa implicita (in primis, in relazione alla sua incidenza sulla libertà personale dei consociati).

Rispetto alle scelte di criminalizzazione, se si accoglie l’idea – di Lisztiana memoria⁴ – per la quale il diritto penale rappresenta un mezzo, lesivo dei beni del delinquente, finalizzato ad uno scopo di tutela dei beni della collettività, ne discende che l’impiego della pena risulta legittimo alla duplice condizione che il “mezzo” sia adeguato alla finalità perseguita, e che al

³ M. GALLI, op. ult. cit., p. 19.

⁴ F. VON LIZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, rist. anast., Berlin, 1970, I, (trad. it. La teoria dello scopo nel diritto penale, Milano, 1962).

contempo ne sia assicurata la massima economia nella sua utilizzazione – che diviene, pertanto, un *extrema ratio*.⁵ In altre parole, nella misura in cui la pena incide sul bene giuridico costituzionalmente garantito della libertà personale, qualsiasi scelta di criminalizzazione – a prescindere dal *quantum* o dalla *species* di pena minacciata in astratto – deve risultare “giustificata”, già solo in relazione alla scelta del mezzo, ancor prima di aver avuto riguardo alla sua specifica modalità d’impiego.⁶

Poiché l’accezione negativa/positiva degli effetti collaterali dipende dall’orizzonte valoriale assunto a riferimento, pare utile distinguere tra due categorie di “effetti collaterali” negativi delle scelte di criminalizzazione: I) la prima, relativa agli effetti collaterali negativi che potremo definire “criminogeni”, in quanto disfunzionali: sia rispetto agli scopi dell’incriminazione stessa, disfunzionalità ravvisabile ogni qual volta lo specifico teleologismo del divieto penale sia direttamente contraddetto da una reazione sociale indesiderata (ad es. si considerino le conseguenze della “penalizzazione” dell’aborto⁷); sia pure rispetto allo scopo generale di riduzione della criminalità, essendo l’incriminazione in grado di dar luogo a spirali di ulteriore o diverso illegalismo (ad es. si pensi al dibattito in merito alla criminalizzazione del “cliente” nella legge italiana sullo sfruttamento illecito della prostituzione – cd. “legge Merlin” n. 75/1958⁸); II) in secondo luogo, vengono in rilievo gli effetti collaterali negativi che potremo definire “indesiderabili” in senso lato, in quanto antinomici in relazione agli interessi rilevanti

⁵ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 434, il quale sua volta si rifà a F. VON LIZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, op. ult. cit. - secondo cui «L’idea di scopo esige l’adeguamento del mezzo al fine e la massima economia nella sua utilizzazione».

⁶ Cfr. Corte Cost., 18 luglio 1989, n. 409: «Il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante.»

⁷ La clandestinità del comportamento abortivo, fomentata dal divieto penale, rappresenta un effetto collaterale che segnala una diretta disfunzionalità e aperta antinomia rispetto agli stessi suoi scopi di tutela: il bene minacciato (la vita, anche della donna) coincide infatti con quello che la norma si prefiggeva di tutelare (cfr. M. GALLI, *Gli effetti “collaterali”*, op. cit., p. 27). A riprova di quanto affermato, si consideri che nel 1977 gli aborti illegali in Italia sono stati stimati in circa 350.000. Nel 1982 – quattro anni dopo l’entrata in vigore della l. n. 194/1978 – in Italia si sono praticati all’incirca 235.000 aborti legali e 100.000 aborti clandestini. Insomma, la legalizzazione dell’aborto – oltre ad aver diminuito la clandestinità (ove la pericolosità della pratica per la salute/vita della donna e del concepito è di certo massima) – ha pure ridotto il numero complessivo di I.V.G. (clandestine e non) praticate in totale. (cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale, Tredicesima edizione*, Giuffrè Editore, 2024, Milano, p. 14).

⁸ La criminalizzazione del cliente nel settore dello sfruttamento della prostituzione, a detta di una buona parte della dottrina, rischia di incentivare la clandestinità della pratica, a danno *in primis* della salute delle persone che si prostituono, nonché incrementando le opportunità di *business* per criminalità organizzata e *human traffickers*. Tuttavia, com’è noto, la questione è al centro di intensissimi dibattiti. (cfr. C. WONG, *Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service*, in A. CADOPPI (a cura di). *Prostituzione e diritto penale*, Roma, 2014, p. 177 e s.)

per l'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, alla luce del quale l'effetto si lascia valutare nei termini di costo sociale e/o economico (non quindi, perciò, necessariamente in un aumento della criminalità).⁹

Nell'ambito di quest'ultima categoria, possiamo rinvenire – infine – una peculiare *species* di effetti collaterali indesiderabili, ricorrenti ogni qual volta vi sia un eccesso di deterrenza, in grado di far sconfinare l'intervento penale oltre il perimetro oggettivo dei comportamenti illeciti: si tratta del cd. *chilling effect*.¹⁰ Esso ricorre ogni qual volta tale sovrabbondanza di general-prevenzione costituisce – in concreto – un disincentivo verso la messa in atto di comportamenti leciti e per lo più corrispondenti all'esercizio di un diritto fondamentale.¹¹

Si tratta di un *topos* particolarmente interessante, specie se rapportato alle scelte di criminalizzazione che s'innestano nell'ambito di attività lecite, socialmente utili e talora costituzionalmente protette, ma rischiose, in quanto potenzialmente offensive rispetto a beni di preminente interesse. Il loro svolgimento è consentito dall'ordinamento, a patto che chi le svolga sia in grado di “gestire” la sua rischiosità, agendo in ossequio agli *standards* previsti dalla legislazione positiva. Ecco, pertanto, che – in tali settori – il diritto penale assume sempre più spesso una natura “modale”, ove l'intervento punitivo non sembra limitarsi a presidiare *ex post* la violazione di divieti puntuali e predeterminati, ma tende – piuttosto – ad operare *ex ante* come strumento di orientamento delle modalità di esercizio di attività rischiose.¹²

⁹ M. GALLI, *Gli effetti “collaterali”*, op. cit., p. 26 e s. secondo cui effetti collaterali “indesiderabili” possono rinvenirsi – ad esempio – nell'emarginazione sociale e/o economica che talune politiche di repressione dei cd. “reati da strada” producono, o ancora, nell'aggravio dei costi e nell'aumento dei carichi processuali e di lavoro dei vari apparati di controllo (in riferimento a quest'ultimo fenomeno, cfr. M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022).

¹⁰N. RECCHIA, *Diritto penale e chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, op. cit., p. 73.

¹¹ *Ibidem*

¹² La centralità del rischio nell'odierna società ha difatti segnato l'emersione di un modello politico-criminale che si distacca dall'illecito fondato sulla lesione o sul pericolo concreto di beni individuali, orientando invece la responsabilità penale verso la gestione preventiva di rischi diffusi. (cfr. *amplius* V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Essays in Honour of Nestor Courakis*, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P., Atene, 2017, p. 224). Il tema è ripreso anche da M. PELLISSERO, secondo il quale «la società del rischio ha [...] impresso una anticipazione all'intervento penale. [...] L'attuale proliferazione dei rischi e la loro accresciuta intensità non permettono di accontentarsi di mere fattispecie di evento, in quanto la richiesta di sicurezza di fronte alle situazioni di rischio non sarebbe soddisfatta da un diritto penale che intervenisse *ex post* a danno avvenuto.» M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 7.

Nel perseguire tale finalità, i precetti penali tendono a progressivamente a smarrire la struttura tipica della regola di condotta, formulata in termini condizionali e predeterminati, con un conseguente svuotamento del loro contenuto immediatamente precettivo, assumendo la fisionomia di criteri normativi vaghi ed elastici, bisognosi di un'opera di etero-integrazione interpretativa mediante il rinvio a fonti extra-penali spesso prive, di per sé, di una chiara e autonoma vincolatività giuridica, la cui individuazione risulta peraltro strutturalmente incerta, potendo tali fonti coincidere con discipline tecniche, prassi organizzative o *standard* di settore elaborati dagli stessi destinatari della norma incriminatrice.¹³

L'inevitabile incertezza del precetto penale viene di fatto colmata dagli stessi soggetti attivi dell'incriminazione, sui quali si determina una significativa traslazione del compito di concretizzarne il contenuto, essendo loro richiesta l'adozione di assetti organizzativi e decisionali idonei ad assicurare la conformità dell'attività svolta alle esigenze di tutela dei beni giuridici protetti dall'ordinamento^[16]; ne discende una radicale trasformazione del ruolo del destinatario della norma penale, il quale non è più chiamato soltanto ad astenersi passivamente da condotte direttamente tipizzate come illecite, ma viene investito di una vera e propria funzione di garanzia in ordine, appunto, alla corretta gestione dei rischi connessi allo svolgimento delle proprie attività, assumendosi – in via preventiva – la responsabilità della loro conformità agli *standard* di protezione imposti dal sistema.

Tali assetti normativi costituiscono il riflesso di scelte di criminalizzazione, operate a monte dal legislatore, tanto in ordine all'*an* che al *quantum* di deterrenza affidato alla minaccia sanzionatoria. Esse dovrebbero presupporre una preliminare operazione di bilanciamento politico-criminale tra l'interesse – pur legittimo – alla prevenzione dei rischi e l'esigenza di non comprimere oltre misura l'esercizio delle libertà fondamentali coinvolte. In particolare, individuato un comportamento – lesivo (e in quanto lesivo) di un bene giuridico – quale meritevole di pena; accertatone il “bisogno di pena” per l'inadeguatezza o la sproporzione degli altri strumenti di “controllo sociale”; sarebbe necessario che il legislatore – data la natura, comunque costosa, della scelta d'impiegare l'arma penale in riferimento alla condotta incriminata – valutasse attentamente la sussistenza in concreto di *chances*, razionalmente

¹³ Ancora, secondo M. PELLISSERO, nell'attuale società del rischio «il diritto penale si è fatto sempre più tecnocratico, i precetti penali sono costruiti in funzione di violazione di complessi tessuti normativi che trovano la loro regolamentazione al di fuori del diritto penale. [...] la proliferazione delle fattispecie riduce la certezza dei confini dell'area penale, pregiudica la funzione di prevenzione generale della pena e ne compromette l'effettività» ID, *Pericolosità sociale e doppio binario*, op. ult. cit., p. 7.

accettabili ed empiricamente verificabili, che l'opzione criminale raggiunga lo scopo di tutela della collettività (*id est*, del bene giuridico) a cui essa è diretta.^[17]

Occorre tuttavia rilevare come quest'ultimo passaggio – che deve pertanto tener necessariamente conto di quegli “effetti collaterali” a cui si è poc’anzi accennato – rischi di venir omesso, o comunque, di esser viziato, in ragione dell'imperante irrazionalismo che sempre più spesso caratterizza l'odierna attività di produzione legislativa, specie in materia penale. Questa tendenza, ad avviso di chi scrive, trova sua volta alimento principalmente in due fattori sociologici e ambientali, che caratterizzano senz'altro la nostra contemporaneità.

In primo luogo, occorre prendere atto di come, nell'attuale società postindustriale, «la produzione sociale di ricchezza va sistematicamente di pari passo con la produzione sociale di rischi». Orbene, poiché la moltiplicazione dei rischi discende – in un rapporto di necessarietà – dall'evoluzione tecnico-scientifica, «*la promessa di sicurezza cresce assieme ai rischi; e, di fronte ad un'opinione pubblica vigile e critica, dev'essere continuamente riaffermata con interventi nello sviluppo tecnico-economico, siano essi reali o di cosmesi*».¹⁴ Interventi che, non di rado, finiscono per tradursi in una espansione incontrollata dello strumento penale, il cui impiego – tuttavia – rischia di assumere spesso una funzione prevalentemente simbolica, cosmetica appunto.¹⁵

In secondo luogo, l'odierna tendenza a sacrificare gli spazi di libertà individuale sull'altare di un generico ideale di “sicurezza”, poggia non già su solide fondamenta di razionalità pragmatica, ma bensì sull'esigenza di sfruttare ed alimentare – a fini di consenso politico-elettorale – spinte emotive, sentimenti individuali e collettivi di frustrazione, rabbia e risentimento che si diffondono specialmente nei momenti di crisi socioeconomica: un circolo perverso, questo, che incentiva una demagogia punitiva, in grado senz'altro di impedire talora il corretto svolgimento di una preliminare e ponderata operazione di bilanciamento politico-criminale, cui si è poc’anzi accennato.¹⁶

in un simile contesto, laddove questo fondamentale passaggio sia viziato o radicalmente omesso – dando luogo a formulazioni testuali dei precetti penali eccessivamente ampie (overbreadth), e/o alla previsione di sanzioni sproporzionate, eventualmente assistite da prassi

¹⁴ U. BECK, *La società del rischio, Verso una seconda modernità*, Carrocci Editore, Roma, 2000, p. 25.

¹⁵ M PELLISSERO, op. ut. Cit., p. 6.

¹⁶ G. FIANDACA, *Punizione*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2024, p. 13.

d'enforcement particolarmente "espanse" – l'effetto deterrente dell'incriminazione spesso tende a proiettarsi ben oltre l'area della sua tipicità, inducendo i destinatari della stessa, sempre consapevoli della sindacabilità ex post delle proprie scelte, a restringere oltremodo il novero dei rischi che essi sono disposti ad assumersi: si tratta, appunto, del summenzionato fenomeno comunemente designato come "effetto di raffreddamento" (*chilling effect*), ovvero di "intimidazione/dissuasione" (*Einschüchterungseffekt*), essendo poi stato, infine, declinato di volta in volta – nel dibattito penalistico italiano – in termini di "paura della firma", "medicina difensiva", "burocrazia difensiva", "imprenditoria difensiva" (etc.) a seconda del settore ove esso è venuto in rilievo.

Al fine di neutralizzare e prevenire il dispiegarsi di questo peculiare fenomeno, specie in riferimento a quei settori ove l'incriminazione vada ad incidere sull'esercizio di attività lecite e socialmente utili, una parte della dottrina penalistica¹⁷ – anche italiana – particolarmente attenta agli "effetti collaterali" di cui *supra*, ha cercato di inquadrare il tema non già solo in termini esplicativo-sociologici, ma giuridici, attingendo alla c.d. *chilling effect doctrine* statunitense, ed alla sua variante tedesca dell'*Einschüchterungseffekt*. Si tratta di strumenti metodologici di analisi giuridica, volti a valutare criticamente l'opportunità e la misura dell'intervento penale negli ambiti ove il fenomeno possa riscontrarsi.

L'idea di fondo cui tali dottrine si richiamano, in via di prima approssimazione, è la seguente: le scelte legislative devono orientarsi, già al momento della loro formulazione astratta – e segnatamente quando incidono su ambiti prossimi all'esercizio di diritti fondamentali – in senso favorevole alla sovra-protezione (*overprotection*) di questi ultimi. Ciò al fine di evitare che il "raffreddamento" indotto da un eccesso di general-prevenzione (*overdeterrence*) finisca per produrre "più danni che benefici", paralizzando condotte lecite estranee al tipo penale ma ad esso pericolosamente contigue, e comunque interne all'area della libertà costituzionale coinvolta. Risulta pertanto necessario, in via preliminare, ricostruire il loro portato teorico e operativo in una prospettiva comparata, così da poterne poi vagliare l'effettiva trapiantabilità

¹⁷ Il tema del raffreddamento (o, per altre sostanzialmente omologhe varianti lessicali, congelamento, raggelamento), seppur calato principalmente nel più circoscritto contesto del vaglio di proporzionalità sanzionatoria, è stato portato all'attenzione del dibattito penalistico italiano - come proposta d'innesto del modello giurisprudenziale angloamericano di contrasto al *chilling effect* - nel cap. IV della recente monografia di Nicola Recchia (N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 251 s.), e, prima, da alcune riflessioni di Vittorio Manes (V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 19 s.); più recentemente, G. MANCA, *Il raffreddamento dei diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, CEDAM, 2024; relativamente all'ambito della sicurezza sul lavoro, si veda R. BLAIOTTA, *Chilling effect e governo del rischio lavorativo*, 2025, in www.sistemapenale.it.

nell'ambito del nostro ordinamento, e – in caso affermativo – la possibilità di utilizzarla in chiave di vincolo alle scelte politico-criminali, o per lo meno, quale “schema concettuale” utile ad orientare le opzioni interpretative e legislative, con particolare riguardo alla materia della tutela (penalistica) della salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

2. La “chilling effect doctrine” nell’esperienza statunitense

2.1. Origine e presupposti della chilling effect doctrine

L'origine e l'evoluzione della “*chilling effect doctrine*” sono attribuibili in larga misura alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, sviluppatasi nell'ambito dell'interpretazione del Primo Emendamento della Costituzione federale statunitense.¹⁸

Il fenomeno del *chilling effect* è stato inizialmente individuato nell'ambito della tutela della libertà di espressione, a partire dagli anni Cinquanta del Novecento. Si tratta di una fase cruciale della storia statunitense, segnata, da un lato, dall'emersione di movimenti – pacifici e non – volti al superamento della segregazione razziale e, dall'altro, dal clima di forte polarizzazione ideologica determinato dalla Guerra fredda.

In tale contesto si colloca inoltre il cosiddetto *maccartismo*, espressione di un orientamento politico-istituzionale repressivo diretto a contrastare attività ritenute *un-American* e presunte infedeltà ideologiche, prevalentemente ricondotte all'area del comunismo. Sotto la guida del senatore Joseph McCarthy (1908-1957), e in particolare attraverso l'attività della *Permanent Subcommittee of Investigations* del Senato, tale stagione fu caratterizzata da un'intensa azione di controllo e repressione, concretizzatasi in indagini di sicurezza, schedature, perquisizioni e arresti, nonché in procedimenti giudiziari a carico di funzionari pubblici e di esponenti del mondo scientifico, culturale e dello spettacolo, sullo sfondo della cosiddetta *Red Scare*.¹⁹

¹⁸ Come ricostruisce F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”*, in *Boston University Law Review*, 1978, 58, p. 685 ss, una prima ricognizione del problema è presente nella giurisprudenza della *Supreme Court* statunitense già a partire dal 1950, mentre il primo utilizzo del termine “*chill*” è da attribuire a Felix Frankfurter nella sua *concurring opinion* nel caso U.S. Supreme Court, 344 U.S. 183 (1952), *Wieman v. Updegraff*, poi ripreso nella giurisprudenza successiva. L'esatto termine “*Chilling effect*” è utilizzato soltanto a partire dal caso Id., 372 U.S. 539 (1963), *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 1963 e già qualche anno dopo *Justice Harlan* poteva notare come esso, ormai, fosse diventato ubiquitario nella successiva giurisprudenza della corte, Id., 389 U.S. 241 (1967), *Zwickler v. Koota*.

¹⁹ CAUTE, *The Great Fear: The Anti-Communist Purge Under Truman and Eisenhower*, Seattle, 1979; DOHERTY, *Cold War, Cool Medium: Television, McCarthyism, and American Culture*, Columbia University Press, 2005.

Fu in una congiuntura storica così afflitta da significative tensioni sociali, che si ebbe modo di rilevare come le manifestazioni più prossime al limite dell'illecito, ossia quelle più distanti dal pensiero dominante, contribuissero significativamente al pluralismo culturale e politico della società, e dunque, sono meritevoli di protezione costituzionale. Si constatò quindi che – in riferimento alla libertà di pensiero – l'autocensura, spesso conseguenza di questo effetto, si configura come una problematica potenzialmente più insidiosa e complessa da contrastare rispetto alla censura stessa.²⁰

Di qui, la successiva estensione del concetto anche ad altri ambiti, in modo tale da renderlo progressivamente ubiquitario. In seguito, esso venne applicato anche al tema delle libertà politiche, in particolare del *lobbyismo* e del finanziamento ai partiti in rapporto alla vaghezza del confine fra dono e corruzione^[25], nonché – più di recente – in relazione al V e XIV *Amendment* e del coefficiente di determinatezza delle regole di sorveglianza sui contenuti dei *Social Media*^[26], questione tornata alla ribalta a partire dalla sospensione degli *account* Facebook e Twitter del presidente Donald Trump nel gennaio 2021^[27].

Oggi il termine sta ad indicare, in generale, la possibilità che un intervento legislativo svolga una funzione deterrente – non voluta – rispetto all'esercizio, da parte dei consociati, di specifiche condotte riconducibili a un diritto fondamentale.

In tale prospettiva, la dottrina statunitense ha progressivamente elaborato il concetto, sino a pervenire ad una sua completa teorizzazione, muovendo dall'analisi attenta delle pronunzie rese dalla Corte suprema statunitense a partire da quegli'anni. Una pietra miliare in tal senso è rappresentata dalla celebre sentenza *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 US 254, 1964, relativa alle censure svolte dai *supporter* di Martin Luther King sul trattamento riservato dalla polizia dell'Alabama ai manifestanti per i diritti civili. In tale occasione, la Corte riconobbe espressamente, per la prima volta, l'effetto potenzialmente “paralizzante” che le leggi sulla diffamazione possono produrre sull'esercizio della libertà di stampa, in quanto idonee a comprimere il necessario *breathing space*^[28] del diritto di cronaca e,

²⁰ Cfr. *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 US 254, 1964. Si consideri, in particolare, la *concurring opinion* del giudice costituzionale Brennan Jr. – secondo cui «[...] a rule compelling the critic of official conduct to guarantee the truth of all his factual assertions and to do so on pain of libel judgments virtually unlimited in amount leads to [...] self-censorship. Instead, [the Constitution] put in place a more stringent standard necessary for sustaining the maintenance of the opportunity for free political discussion, a fundamental principle of our constitutional system [...]».

conseguentemente, a ostacolare il libero svolgimento del dibattito pubblico su temi di interesse collettivo.^[29]

2.2. I presupposti teorici della chilling effect doctrine e l'irrelevanza delle "behavioral proofs"

Sulla base delle considerazioni che precedono, è ora possibile ricostruire i tratti caratterizzanti del modello prendendo le mosse dalle prime ricognizioni di Lionel H. Frankel²¹ e del riconosciuto, principale studioso del *First Amendment* – Frederick Shauer²², potendo quest'ultimi così articolarsi:²³

Un primo presupposto fondamentale consiste nell'accettazione dell'inevitabile imperfezione insita in ogni ordinamento giuridico, nonché della fisiologica incertezza e imprevedibilità che caratterizzano l'esito di qualsiasi giudizio. Orbene, già nel 1965 Frankel – in un'ottica sicuramente ispirata dal giusrealismo – ebbe modo di notare come tale imperfezione non attenga tanto alla norma in sé, ma bensì alla sua comunicazione ed al suo recepimento da parte dei destinatari: la mera previsione "astratta" dell'incriminazione determina infatti lo spandersi di un "*aura of deterrence*",²⁴ dai contorni sfumati e non nettamente definiti, non necessariamente coincidente con l'area della tipicità, capace quindi di dissuadere anche dalla tenuta di "*conduct not criminal, but bordering on the fringe of criminal liability*".²⁵

L'origine di questo fenomeno – secondo le successive ricognizioni di F. Shauer – è da attribuirsi alla capacità intrinseca che il diritto possiede di motivare le decisioni e i comportamenti umani, indipendentemente dalla sanzione prevista, in quanto "la legge... è la legge" – in grado di indurre all'obbedienza in quanto tale ("*obey the law qua law*"²⁶), poiché,

²¹ Lo studioso, con particolare riferimento alla necessità di evitare l'impiego di clausole troppo elastiche relative alla sussistenza del "dovere di attivarsi" nei reati omissivi (in particolare, l'omissione di soccorso), prese in considerazione il concetto di "*aura of deterrence*" – segnalando come "*Any criminal law which is effective in deterring crime also has the effect of deterring conduct not criminal, but bordering on the fringe of criminality. This aura effect is distinctly desirable where the conduct peripherally-deterred approaches criminality, but distinctly undesirable where the criminal proscriptions approach the border of constitutionally protected liberties such as freedom of communication. The aura of deterrence would pose a serious problem for any rule creating a general affirmative obligation to act since the duty to act would not be channeled or limited to particularly defined activities or situations.*" L.H. FRANKEL, *Criminal omissions: a legal microcosm*, in *Wayne Law Review*, 1965, 11. 2, p. 425 s.

²² F. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, op. cit.

²³ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, CEDAM, 2024, p. 65 s.

²⁴ L.H. FRANKEL, op. cit., p. 425 ss.

²⁵ L.H. FRANKEL, *Criminal omissions: a legal microcosm*, op. cit., p. 425 s.

²⁶ F. SHAUER, *The force of Law*, Harvard University Press, 2015, p. 128

sottolinea l'autore, è necessario tenere a mente che questa "...generally makes us do things that we do not want to do or not do things that we do want to do"²⁷.

Un altro fondamentale presupposto concettuale, in stretta connessione con il primo, è rappresentato dalla constatazione della generale avversione al rischio del consociato, il quale – al fine di evitare processi penali, non già condanne ingiuste – si asterrà dal compimento di condotte "limitrofe" rispetto a quelle effettivamente incriminate, non essendo in grado di distinguere nettamente quelle lecite da quelle che non lo sono. In altri termini, una volta consolidatasi l'idea che la legge possa comportare il rischio concreto della punizione di una classe di comportamenti, nonché il conseguente coinvolgimento nelle maglie del sistema processuale (non solo penale), la paralisi di dette condotte, così scoraggiate nelle scelte dei consociati, si realizza anche solo per questo, ovvero per la forza dissuasiva della voce del legislatore (o, dell'ordinamento nel suo complesso) financo a prescindere dal *quantum* di pena raccordato al precetto o divieto: "*The very essence of a chilling effect is an act of deterrence*",²⁸ deterrenza indotta dal rifiuto di sottoporsi al rischio.

L'interesse del cittadino non si esaurisce, infatti, nell'evitare l'applicazione di sanzioni penali, ma si estende, in particolare, alla necessità che il riconoscimento della liceità della propria condotta non comporti una rilevante "sofferenza processuale" né imponga oneri significativi, sia sul piano economico sia su quello personale.²⁹ A titolo esemplificativo, per verificare che una specifica fattispecie incriminatrice non produca un *chilling effect* sull'attività giornalistica, risulta insufficiente evidenziare l'assenza di condanne nei confronti di coloro i quali abbiano redatto articoli al limite tra i diritti di cronaca o critica e la tutela dell'onore. Infatti, qualora anche solo alcuni di essi siano stati sottoposti a procedimenti giudiziari prolungati e onerosi, sostenendo rilevanti costi umani ed economici, oppure siano stati destinatari di misure cautelari, perquisizioni invasive o sequestri indiscriminati, permangono comunque potenziali fattori dissuasivi.³⁰

²⁷ F. SHAUER, *The force of Law*, op. cit., p. 129.

²⁸ F. SCHAUER, op. cit., p. 689.

²⁹ F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment*, in *Boston University Law Review*, vol. 58, pp 685-732, 1978;

³⁰ Riporta il costituzionalista Barile, nella sua *Introduzione* a P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1953), Milano, 2015, che Piero Calamandrei pronunciò nel suo discorso del 19 gennaio 1953 di fronte ai vertici della Cassazione la celebre seguente massima: «*Il segreto della giustizia sta in una sua sempre maggior umanità, e in una sempre maggiore vicinanza umana tra avvocati e giudici nella lotta comune contro il dolore: infatti, il processo, e non solo quello penale, di per sé è una pena, che giudici e avvocati debbono abbreviare rendendo giustizia*».

Ciò che veramente conta, perciò, è il messaggio complessivamente captato dai soggetti attivi dell'incriminazione (giornalisti, avvocati, medici, imprenditori etc.), dalla categoria professionale attinta dal "rischio penale". Ne discende l'esigenza che il *discrimen* tra condotte lecite e illecite si debba palesare in modo chiaro e inequivocabile, non solo per gli operatori del diritto, al termine di approfonditi confronti dottrinali e giurisprudenziali, ma soprattutto per i soggetti cui il precetto legale è direttamente rivolto.

Se è vero, da un lato, che il coinvolgimento nell'ambito della general-prevenzione negativa di condotte ulteriori rispetto a quelle oggetto di incriminazione in senso stretto sia fisiologico ad ogni norma penale che possa dirsi efficace ed effettiva; dall'altro, tal fenomeno diviene inaccettabile proprio laddove tale "*overdeterrence*" attinga l'esercizio di diritti fondamentali, impedendolo o rendendolo eccessivamente "pericoloso".³¹

Sulla base di questi due assunti, non abbisognavoli di dimostrazione poiché incontestatamente insiti nel fenomeno umano – imperfezione dell'ordinamento, tendenziale e generalizzata avversione delle persone al rischio – la *chilling effect doctrine* esclude pertanto la necessità di un ulteriore base empirica, accertata dalle scienze sociali, ovvero di una giustificazione comportamentale del modello, presentandosi dichiaratamente come metodo di analisi del diritto e di decisione dei casi, in termini di valutazione giuridica sulla prevalenza tra diritto fondamentale e divieto.³²

2.3. *Struttura, dinamiche e rimedi del chilling effect nell'esperienza statunitense*

Lo schema patologico tramite il quale l'effetto di raffreddamento si esplica può essere schematizzato come segue:

Si consideri una scelta legislativa che abbia ad oggetto la criminalizzazione di una specifica classe di condotte (classe X) mediante la previsione di una sanzione penale. A causa della sovraestensione del tipo legale o dell'incertezza degli elementi descrittivi, quella norma incriminatrice produce effetti di "sterilizzazione" su di una diversa classe di condotte (classe Y), a essa contigua, che non solo non è disapprovata dal legislatore, ma risulta pienamente lecita

³¹Chiaro FRANKEL, *Criminal omissions: a legal microcosm*, in *Wayne Law Review*, 1965, 11. 2, p. 426 "Any criminal law which is effective in deterring crime also has the effect of deterring conduct non criminal, but bordering on the fringe of criminality. This aura effect is distinctly desirable where the conduct peripherally-deterred approaches criminally reckless, dangerous, or dishonest behavior. Such effect is distinctly undesirable where the criminal proscriptions approach the border of constitutionally protected liberties"

³² F. SHAUER, op. cit., p. 731.

e rientrante nell'ambito di esercizio di un altro diritto fondamentale parimenti riconosciuto e tutelato.³³

In particolare, secondo le linee tracciate dalle sentenze della *Supreme Court* Statunitense, l'effetto di raffreddamento, invero: I) inerisce allo svolgimento di attività (in primis, di cronaca giornalistica e di espressione), coesenziali al corretto funzionamento del sistema democratico, non già rispetto a singole e ben determinate condotte, finendo quindi per investire un più ampio novero; II) può configurarsi come una sorta di "effetto preterintenzionale" dell'incriminazione,³⁴ che determina l'inclusione involontaria di ulteriori condotte (al di fuori, quindi, di quelle "tipiche") nell'ambito di azione della deterrenza: per questo motivo vi si riferisce spesso, nella dottrina d'oltreoceano, tramite l'impiego del termine "*overdeterrence*"³⁵; III) il fenomeno attiene (e si produce) non già al livello meramente teorico-normativo (ossia, a quel che il legislatore abbia effettivamente criminalizzato), essendo invece necessario guardare al funzionamento in action delle incriminazioni, adottando la prospettiva del cittadino nel concreto dispiegarsi dei rapporti giuridici:³⁶ a determinare l'ampiamiento della fattispecie incriminatrice dalla classe di condotte X a quella Y, nel mondo reale, giocano infatti un ruolo essenziale una pluralità di fattori, i quali loro volta interagiscono tra loro.

Secondo le ricognizioni di SHAUER³⁷, così come si è già avuto modo di argomentare *supra*, l'effetto si radica nell'intrinseca fallibilità del sistema giuridico, nonché nella tendenziale avversione degli individui al rischio. Più nello specifico, il raffreddamento dev'essere letto come un problema di teoria della decisione applicata al diritto: l'agente valuta il comportamento futuro pesando la probabilità di un errore giudiziario e il danno derivante da tale errore. In estrema sintesi, la paura (ovvero, il *quantum* di *overdeterrence*) può determinarsi secondo la "formula" (da intendersi in senso "euristico" e – ovviamente – non matematico/empirico):

$$paura = \text{probabilità di errore} \cdot \text{gravità del danno}$$

³³ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, op. cit., p. 253 e ss.

³⁴ N. RECCHIA, *Diritto Penale e Chilling effect*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, op. cit., p. 77.

³⁵ M. CONEN, op. cit., p. 1009 e s.

³⁶ N. RECCHIA, op. ult. cit., p. 79.

³⁷ F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment*, op. cit., p. 694 – 701.

La probabilità di errore va valutata in relazione a diversi elementi: I) la fallibilità del *fact-finding* giudiziale, derivante dalla natura postuma della ricostruzione probatoria e dall'inevitabile rischio di errore epistemico (testimonianze imprecise, *bias* dei testimoni e dei giudici, limiti probatori); II) l'indeterminatezza dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in relazione ai concetti giuridici sfumati richiamati dai precetti, sua volta dovuta alla complessità normativa, con conseguente necessità di svolgere valutazioni fattuali complesse e interpretazioni giuridiche sottili nonché di ricorrere a *standard* multilivello (ad es. in relazione alla complessità e plausibile sovrapposizione delle fonti rilevanti, nonché di diversi livelli di responsabilità avuto riguardo alla molteplicità delle dimensioni regolative dello stesso ambito – ad es. civile, amministrativo, penale – richiedenti *standard* e rispondenti a principi differenti); III) la vaghezza delle fattispecie incriminatrici, intesa non solo come imprecisione lessicale, ma anche come ampiezza discrezionale (anche in relazione all'attività d'*enforcement* ad opera delle autorità amministrative e giudiziarie) ed eccessiva ampiezza dei confini applicativi.

Quanto alla gravità del danno, questa deve tener conto sia della severità della sanzione formale (pena detentiva, sanzione pecuniaria, risarcimento) sia pure delle conseguenze extragiudiziali (stigma, perdita di impiego, danno reputazionale), nonché dei costi procedurali necessari per ottenere la pronuncia favorevole (oneri economici, tempo, esposizione pubblica).

Ovviamente, il livello di paura indotta dal procedimento è inoltre modulato dalla propensione individuale al rischio e dal valore soggettivo attribuito all'azione: soggetti altamente avversi al rischio o con benefici percepiti modesti saranno più facilmente dissuasi. Tuttavia, quest'ultimo elemento non assume alcuna centralità, né risulta dirimente nell'economia del modello. Esso rileva unicamente in quanto, dalla sua intrinseca irrazionalità e imprevedibilità, l'Autore trae la spiegazione della tendenziale impossibilità di fornire una prova empirica del *chilling effect* riferita a determinate classi di individui, facendone conseguire l'irrilevanza dei c.d. *behavioral proofs* ai fini della sua dimostrazione.³⁸ Al contempo, la variabilità della propensione soggettiva al rischio consente di spiegare la distribuzione differenziata del fenomeno rispetto ai destinatari della norma considerata.

Infine, nota acutamente l'Autore, le condotte collocate ai margini della protezione costituzionale risultano particolarmente vulnerabili al fenomeno del *chilling effect*. Ciò in

³⁸ *Ibidem*, p. 707.

quanto, in tali ipotesi, la probabilità di errore giudiziario e la gravità del danno potenziale tendono a convergere al massimo grado: da un lato, l'incertezza circa l'effettiva riconducibilità della condotta all'area di tutela costituzionale accresce in modo significativo il rischio di una valutazione erronea da parte dell'interprete; dall'altro, l'eventuale qualificazione della condotta come "non protetta" espone l'agente all'intero apparato sanzionatorio e alle connesse conseguenze extragiudiziali.³⁹ È proprio in questa zona di confine, caratterizzata da elevata indeterminazione normativa e da costi potenzialmente elevatissimi dell'errore, che l'effetto di raffreddamento dispiega la propria massima forza dissuasiva, inducendo l'agente razionale ad astenersi dall'agire anche laddove la condotta potrebbe, in astratto, risultare costituzionalmente lecita.

Guardando alla dottrina d'oltre oceano più recente, si è progressivamente affermata l'esigenza di valorizzare, per lo meno congiuntamente ai criteri legali e fondamentalmente "presuntivi" o prognostici di cui sopra, il ruolo giocato dalle prove empiriche e sociologiche ai fini della rilevazione del possibile raffreddamento destato dalle norme incriminatrici. Così, in relazione al plausibile *chilling effect* del *free speech* destato dalla regolamentazione privata delle piattaforme *social*, alcuni autori hanno suggerito l'impiego di una pluralità di strumenti "sperimentali" che consentano di collegare la struttura normativa alle reazioni effettive degli attori sociali, secondo un rapporto di causa-effetto.⁴⁰

In ogni caso, come già accennato *supra* la soluzione proposta dalla *chilling effect doctrine* si articola primariamente in un "*balancing process*"⁴¹, ossia – al fine di assicurare la più piena protezione dei diritti fondamentali – è richiesta una valutazione comparativa che bilanci il rischio o il danno prevenuto dalla norma penale con quello, invece, generato da eventuali limitazioni all'esercizio del diritto a causa di un'eccessiva deterrenza prodotta dalla

³⁹ F. SHAUER, op. ult. cit., p. 694-696.

⁴⁰ S. BEDI, *The myth of the chilling effect*, op. cit. che propone di procedere al "riscontro empirico" tramite degli esperimenti controllati, quale ad. es. l'estensione o la riduzione delle restrizioni per verificare l'impatto che queste hanno sul linguaggio e sul comportamento comunicativo degli utenti. A questi strumenti sperimentali, secondo l'Autrice, si devono affiancare metodi osservazionali consistenti: nell'analisi di serie temporali e sfruttamento dei dati di piattaforma (frequenza di pubblicazione, tassi di rimozione, sospensioni, pattern demografici e territoriali) per valutare la generalizzabilità e la persistenza degli effetti; nell'esecuzione di sondaggi e interviste come fonte complementare di informazioni sulle percezioni soggettive del rischio, purché triangolati con evidenze comportamentali per attenuare i limiti del self-report. Nello stesso senso cfr. L. KENDRIK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, 54 *Wm. & Mary L. Rev.* 1633 (2013).

⁴¹ F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment*, op. cit., p. 732.

stessa norma.⁴² L'imperfezione del diritto – come osservato dalla Supreme Court in *Speiser v. Randall*⁴³ in riferimento alla tutela del *free speech* – può ingenerare due tipologie di errore: *overprotection* ovvero *underprotection* del diritto fondamentale eventualmente compresso dall'incriminazione. Secondo il principio del “*comparative harm*”, enunciato nella suddetta pronunzia, occorre risolvere il bilanciamento nel senso della *overprotection* (del diritto fondamentale attinto) salvo che non sia dimostrato, tramite la produzione di prove solide e convincenti, che la norma incriminatrice sia necessaria alla protezione di un interesse pubblico sostanziale di rango elevato (sicurezza nazionale, tutela di diritti fondamentali di terzi etc.) che non possa esser altrimenti salvaguardato.

Nell'ambito del contesto costituzionale statunitense, ove la dottrina si è originata e sviluppata, tale giudizio è diretto a operare *in primis* quale “vincolo” per il legislatore – imponendo il bilanciamento tra le contrapposte esigenze emergenti, già a livello di discussione parlamentare delle leggi e *drafting* legislativo – richiedendo l'adozione di interventi il meno possibile invasivi e limitativi rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali.

In secondo luogo, la teoria è utilizzata per vagliare la legittimità costituzionale delle norme adottate in assenza, o in violazione, del summenzionato preliminare bilanciamento, ricostruito dalla giurisprudenza costituzionale quale parametro di valutazione della disciplina legislativa. In tale prospettiva, la *Supreme Court* statunitense esercita – da oltre due secoli – il cd. potere di *judicial review*,⁴⁴ ossia il sindacato di conformità delle leggi alla Costituzione, potendo giungere tanto all'invalidazione della norma in quanto tale (cd. *facial challenge*), ove essa non risulti suscettibile di un'interpretazione o applicazione costituzionalmente compatibile, quanto all'invalidazione di singole applicazioni ritenute illegittime (cd. *as-applied challenge*). Sul piano delle doglianze prospettabili dai ricorrenti – diretti a denunciare la

⁴² F. SHAUER, op. ult. cit., p. 701 – Secondo l'Autore: «*Once it is admitted that errors will be made, it is still necessary to determine which of the various possible errors is the more harmful. In the present context it was posited that a wrongful limitation of speech is a priori more serious than the erroneous overextension of free speech. With the inevitability of error thus admitted, and the preference for one type of error thus expressed, the final step is the formulation of legal rules which account for the inevitable by favoring the preferred*».

⁴³ La Corte Suprema, nel dichiarare incostituzionale il sistema californiano che subordinava l'esenzione fiscale dei veterani alla sottoscrizione di un giuramento di lealtà, ha infatti affermato che : “*we hold that when the constitutional right to speak is sought to be deterred by a State's general taxing program due process demands that the speech be unencumbered until the State comes forward with sufficient proof to justify its inhibition.*” *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

⁴⁴ Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), con cui la Supreme Court afferma per la prima volta il principio del *judicial review*, riconoscendo al potere giudiziario la competenza a disapplicare le leggi in contrasto con la Costituzione.

sussistenza di un *chilling effect*, tali challenges possono fondarsi, alternativamente o congiuntamente, sulla denuncia della *vagueness* della disposizione – intesa come indeterminatezza o incertezza del suo tenore normativo – ovvero della sua *overbreadth*, ossia dell'eccessiva ampiezza degli effetti regolativi, idonea a travalicare l'ambito del precetto o del divieto, incidendo su diritti fondamentali contigui, anche in assenza di vaghezza in senso stretto.⁴⁵

Pertanto, tanto in caso di *facial challenges* che di *as-applied challenges*, laddove la Corte avesse avuto modo di constatare la fondatezza dei ricorsi, e perciò, la sussistenza di un *chilling effect*, ella ha tradizionalmente prediletto, quale soluzione primaria, l'istituzione (seppur eventualmente in via indiretta e non espressamente dichiarata) di una “*bufferzone*” – una zona “tampone” non punita “estrapolata” dall'area di incidenza della fattispecie incriminatrice – caratterizzata da forme di integrazione del reato prive di particolare gravità.

In via più marginale, la giurisprudenza costituzionale statunitense ha talora valorizzato, anche se in modo non sistematico, la sproporzione delle sanzioni previste in astratto quale indice dell'effetto di raffreddamento prodotto dalla disciplina incriminatrice, giungendo in alcuni casi a censurare la normativa non già per l'ampiezza del precetto in sé considerato, bensì per l'eccessiva severità del trattamento sanzionatorio ad esso associato.⁴⁶ In tali ipotesi, la riduzione della forza deterrente dell'incriminazione opera quale rimedio indiretto al *chilling effect*, senza che la pronuncia emessa in sede di legittimità si traduca in una vera e propria rimodulazione giudiziale del *quantum* di pena, ma limitandosi quest'ultima ad escludere alcune tipologie di sanzione (es. *punitive damages*), ovvero a porre condizioni ulteriori per l'applicazione delle sanzioni più severe.

⁴⁵ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, op. cit., p. 73.

⁴⁶ Cfr. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974): in questa pronuncia, la Supreme Court, in materia di diffamazione, ha escluso la possibilità di riconoscere *punitive damages* (cioè, voci di danno risarcibile “aggiuntive” a quelle comunque riconoscibili) in assenza di *actual malice*, intervenendo così esclusivamente sulla severità della sanzione (non già, quindi, in merito all'*an* ma al mero *quantum* di danno risarcibile), al fine di contenere l'effetto dissuasivo che quest'ultima produce in merito all'esercizio della libertà di espressione. La pronuncia viene citata da Michael Coenen al fine di dimostrare che la *Supreme Court*, pur non avendo mai elaborato una dottrina autonoma e sistematica del controllo sulla severità delle sanzioni in funzione del *chilling effect*, ha nondimeno riconosciuto, in via episodica, che l'intensità del trattamento sanzionatorio incide in modo determinante sulla forza deterrente della disciplina, intervenendo in taluni casi a limitarne gli effetti senza modificare l'ambito del precetto. In tal senso, *Gertz v. Robert Welch, Inc.* rappresenta, per l'Autore, un precedente paradigmatico di intervento “*penalty-based*”, che conferma la plausibilità costituzionale – ma al tempo stesso l'incompletezza – delle soluzioni finora adottate dalla giurisprudenza, e che giustifica la proposta di un approccio maggiormente sensibile al *quantum* della sanzione (M. COENEN, *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, in *Columbia Law Review*, 2013, p. 1005-1007).

Oltre a queste due soluzioni (*ruled-based approach*; *penalty-based approach*), è stata prospettata dalla dottrina statunitense una terza via. Si tratta del “*penalty sensitive approach*” teorizzato da Michael Coenen: esso si basa sull’assunto che il danno derivante dal *chilling effect* aumenti esponenzialmente in relazione al rischio di sanzione, e – pertanto – muove dall’esigenza di spostare il baricentro dell’analisi del fenomeno dalla sola “punibilità” (*an*) alla struttura e all’intensità della sanzione (*quantum*).⁴⁷

Secondo Coenen, all’istituzione di *bufferzones* di non punibilità occorre affiancare misure volte a limitare la gravità minima della sanzione – in riferimento alle condotte che restino penalmente rilevanti, ma pur sempre di minore gravità – in modo da consentire alle corti di evitare una gestione binaria del caso concreto (pena o non pena), potendo (anche) optare per una punizione mitigata. Questo intervento rappresenterebbe pertanto un ulteriore strumento di contrasto al *chilling effect*, favorendo ad esempio – in riferimento alla libertà di parola – l’espressione pubblica anche da parte di individui non mossi da forti motivazioni personali, normalizzando così il dibattito pubblico.

occorre sottolineare come secondo quest’ultima teorizzazione, l’abbattimento delle sanzioni per le fattispecie concrete “meno gravi”, da realizzarsi tramite la previsione di pene più miti in relazione alle suddette, debba “aggiungersi” e non già sostituirsi al tradizionale rimedio della “*buffer zone*”: la restrizione dell’area di punibilità dovrebbe infatti accompagnarsi a un contestuale ampliamento della discrezionalità del giudice, consistente - a sua volta - nella possibilità di attenuare la severità della sanzione in relazione a condotte esterne alla “*bufferzone*” - di lieve entità - la cui pena, tuttavia, risulti comunque sproporzionata, e quindi, fattore di raffreddamento.⁴⁸

Si badi però – occorre sottolinearlo – che questa strada risulta sovente impraticabile, specie laddove il disvalore della condotta vietata, e perciò, l’importanza del bene giuridico che si intende salvaguardare, impone cornici edittali severe – anche nel loro minimo⁴⁹.

Molto più spesso, invece, è richiesto un intervento diretto sulla stessa tipizzazione del precetto: il legislatore, nonché il giudice nella sua attività interpretativa, al fine di salvaguardare le condotte a rischio di *overdeterrence*, si decide a sacrificare la punibilità di alcuni

⁴⁷ M. COENEN, *Of Speech and Sanctions*, op. cit., p. 991 ss.

⁴⁸ M. COENEN, op. cit., p. 1033.

⁴⁹ N. RECCHIA, *Diritto penale e chilling effect*, op. cit., p. 81.

comportamenti, della cui meritevolezza di pena, in astratto, nessuno dubita, assicurando così ai diritti fondamentali – per riprendere la felice immagine offerta dalla giurisprudenza della Corte suprema statunitense – un “*Breathing space*”,⁵⁰ uno spazio di respiro, per fare sì che questi possano essere esercitati appieno.

Il perimetro di questa “*buffer zone*”, nel particolare ambito della salvaguardia del *free speech*, è stato tradizionalmente costruito in chiave di graduazione soggettiva di intensità dell’“*intent*” dell’agente, e individuato in negativo dal parametro della “*actual malice standard*”, corrispondente - pur nella diversità delle nostre categorie - alla mancanza di dolo intenzionale.⁵¹

Tuttavia, il suddetto criterio è stato di recente sottoposto a seria critica da quella dottrina d’oltreoceano più incline a condizionare la validità del modello anche alla persistenza di riscontri empirici: una linea di confine di natura meramente soggettiva della soglia di punibilità del fatto, basata in esclusivo sull’intensità dell’elemento soggettivo dell’agente, viene considerata eccessivamente evanescente, specialmente dal punto di vista del cittadino, destando un’incertezza che paradossalmente potrebbe addirittura generare un effetto opposto. Si propone, quindi, di operare una revisione “multifattoriale” del modello, integrandolo con la ricerca di soluzioni di principio per il contenimento delle aree sanzionate, capaci di fondarsi anche su criteri netti e non facilmente controvertibili di rimproverabilità dell’agente, oltre che sul rischio di paralisi delle condotte di terzi.⁵²

3. Il recepimento (parziale) della chilling effect doctrine in ambito europeo, sovranazionale e convenzionale, quale strumento di valutazione della proporzionalità sanzionatoria

Nella cultura giuridica europea, nella sua dimensione convenzionale, la *chilling effect doctrine* è stata recepita solo parzialmente. Il suo ingresso si deve alla giurisprudenza CEDU, a partire dai primi anni del XXI secolo, secondo una variante minimalista del “*penalty sensitive approach*” di Michael Coenen. In tema di libertà di espressione (art. 10 CEDU), per mitigare il

⁵⁰ Termine impiegato per la prima volta da Justice Brennan, scrivendo a nome della maggioranza nel caso U.S. Supreme Court, 371 U.S. 415 (1963), *NAACP v. Button* e poi ripresa in innumerevoli occasioni nella giurisprudenza successiva.

⁵¹ F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment*, op. cit., p. 706, l’autore attribuisce a *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 US 254, 1964, la fondazione di un “*actual malice standard*” come misura dell’estensione della “*buffer zone*” di rilevanza penale non punita (non si nega, infatti, sul versante oggettivo un “*intrinsic value of defamatory falsehoods*” delle ipotesi che vi rientrano).

⁵² KENDRIK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, in *William & Mary Law Review*, 2013, p. 1633-1691.

chilling effect delle leggi sulla diffamazione, si è infatti ritenuto sufficiente modulare la risposta sanzionatoria: in estrema sintesi - affidando alla pena pecuniaria i casi meno significativi e riservando il carcere solo alle lesioni più gravi al sistema democratico.

Secondo la via dettata dal noto *leading case Cumpănă e Mazăre c. Romania* – Corte EDU, Grande Camera, 17.12.2004 – il problema della tutela della libertà di stampa quale *watchdog of democracy* venne impostato infatti esclusivamente sul piano del recupero della proporzionalità sanzionatoria: la CEDU considera la suddetta valutazione come lo strumento principale del quale gli Stati membri si devono servire per garantire l’effettività del diritto di cronaca giornalistica. In questo senso, la Corte ritiene giustificate tutte le scelte di criminalizzazione che rispettino tale parametro, dal momento che – nell’ottica della Corte – questo rappresenta il fondamento per legittimare l’introduzione (o il mantenimento) di misure restrittive⁵³.

In particolare, nella già menzionata sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, il “nocciolo duro” della questione sottoposta alla corte – attinente alla conformità della legislazione penale romena in materia di diffamazione e di tutela dell’onore al disposto dell’art. 10 CEDU – venne individuato non già nel se o meno la suddetta normativa interferisse con la libertà d’espressione dei ricorrenti (dato, quest’ultimo, ritenuto pacifico ma non dirimente), bensì nel verificare se tale scelta di politica criminale fosse necessaria, in una società democratica.

Ai fini di quest’indagine, in primo luogo, la Corte procedette ad indicare una serie di elementi da dover prendere in considerazione, fra cui la presenza di un “*pressing social need*”⁵⁴ che giustificasse la scelta – rinvenuto sussistente nell’interesse alla salvaguardia della dignità e reputazione della persona diffamata. Di qui, essa affermò che, ai fini del giudizio di bilanciamento fra i predetti interessi, ferma restando la legittimità (se non addirittura obbligatorietà, in forza dell’art. 8 CEDU) della criminalizzazione di condotte lesive dell’onore

⁵³ Corte EDU, Grande Camera, 17.12.2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 113: «*Although the Contracting States are permitted, or even obliged, by their positive obligations under Article 8 of the Convention (see paragraph 91 in fine above) to regulate the exercise of freedom of expression so as to ensure adequate protection by law of individuals’ reputations, they must not do so in a manner that unduly deters the media from fulfilling their role of alerting the public to apparent or suspected misuse of public power... Investigative journalists are liable to be inhibited from reporting on matters of general public interest – such as suspected irregularities in the award of public contracts to commercial entities – if they run the risk, as one of the standard sanctions imposable for unjustified attacks on the reputation of private individuals, of being sentenced to imprisonment or to a prohibition on the exercise of their profession*».

⁵⁴ Corte EDU, Grande Camera, 17.12.2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit. par. 92 e ss.

e della dignità individuale, dovessero pur sempre essere prese in considerazione anche la severità e la natura delle sanzioni minacciate, in relazione all’effetto inibitorio che la loro previsione possa poi determinare sull’attività giornalistica d’inchiesta.⁵⁵

In altri termini, il fenomeno del raffreddamento è stato considerato dalla Corte di Strasburgo principalmente ai fini del giudizio di proporzionalità sanzionatoria, rigettando le più radicali proposte in tutto o in parte caducatrici – dirette all’istituzione di una vera e propria “buffer zone” sul modello statunitense – promananti dai ricorsi degli istanti⁵⁶.

L’orientamento delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è stato successivamente accolto anche dalla giurisprudenza costituzionale italiana. In particolare, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 150 del 2021, ha dichiarato l’incostituzionalità – in riferimento agli articoli 21 e 117, comma 1 della Costituzione (in relazione all’articolo 10 della CEDU) – della circostanza aggravante speciale prevista dall’articolo 13 della legge n. 47/1948 (relativa alla diffamazione a mezzo stampa con attribuzione di fatto determinato), nonché della corrispondente aggravante prevista dall’articolo 30, comma 4, della legge n. 223/1990 (riguardante la diffamazione a mezzo radiotelevisivo con attribuzione di fatto determinato).

La previsione congiunta di pena detentiva e pecuniaria, che caratterizzava le norme abrogate e rendeva obbligatoria l’applicazione della pena detentiva (fatta eccezione per il giudizio di bilanciamento previsto dall’art. 69 c.p.), è stata infatti ritenuta incompatibile con la salvaguardia della libertà di espressione del pensiero. In particolare, è stato sottolineato come sia necessario evitare che la minaccia alla libertà personale derivante dalla norma penale possa dissuadere i giornalisti non solo dal commettere reati, ma anche dall’esercitare appieno la libertà di stampa, in particolare il diritto di cronaca e di critica. Tale rischio comprometterebbe la funzione di controllo democratico sull’operato dei pubblici poteri e la libera e informata formazione della pubblica opinione.⁵⁷

⁵⁵ Si riporta di seguito l’estratto testuale del par. 11 della sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit. “The nature and severity of the penalties imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of an interference with the freedom of expression guaranteed by Article 10 (see *Ceylan v. Turkey* [GC], no. 23556/94, § 37, ECHR 1999-IV; *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 69, ECHR 2001-I; *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, §§ 41-42, 27 May 2003; and *Lešnik*, cited above, §§ 63-64). The Court must also exercise the utmost caution where the measures taken or sanctions imposed by the national authorities are such as to dissuade the press from taking part in the discussion of matters of legitimate public concern (see *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, pp. 25-26, § 35)”.

⁵⁶ G. MANCA, *Il raffreddamento dei diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, op. cit., p. 80.

⁵⁷ Corte cost. 22.6.2021, n. 50, red. Viganò,.; cfr. anche la nota di G. MANCA, *Il watchdog, il mad dog e la pena detentiva*, in *Resp. civ. prev.*, Giuffrè, Milano, 2022, 1-2, p. 363 e ss.

Con riferimento a quanto stabilito nella sentenza della Consulta precedentemente citata, emessa sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo, è opportuno sottolineare come – non essendo necessario, nell’economia di questo scritto, ulteriormente approfondire i dettagli della vicenda – il punto centrale della questione esaminata consistesse, anche in questo caso, proprio nella misura dell’incidenza da attribuire alla pena detentiva nei reati d’opinione, ossia – mantenendo il carattere penale del fenomeno diffamatorio – l’aspetto relativo alla proporzionalità della sanzione.

Sul piano eurounitario, il tema del “raffreddamento” della libertà di stampa e di tutela del pluralismo mediatico ha dato recentemente luogo a intense discussioni in seno alle Istituzioni dell’Unione. In particolare, una delle principali preoccupazioni espresse da determinazioni e raccomandazioni degli organi di governo e indirizzo dell’Unione Europea⁵⁸ attiene al contrasto delle cd. SLAPPs (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*), ossia di azioni giudiziarie “bavaglio” contro giornalisti investigativi, opinionisti detrattori, avversari politici e organi di stampa, in modo che preferiscano il silenzio al rischio di subire restrizioni alla propria libertà personale o di essere obbligati al pagamento di lauti risarcimenti. Tuttavia, per quel che concerne le soluzioni prospettate, in gran parte elaborate sulla scorta della già menzionata giurisprudenza della corte EDU⁵⁹, sembra recessiva l’esigenza di radicale

⁵⁸ Si vedano in particolare le risoluzioni del Parlamento Europeo del 3/5/2018 (proc. 2017/2209 INI) su Pluralismo e libertà dei media nell’Unione Europea, e del 25/11/2020 (proc. 2020/2009 INI) su Rafforzamento della libertà dei media: protezione dei giornalisti in Europa, incitamento all’odio, disinformazione e ruolo delle piattaforme, e nello studio del Parlamento Europeo, Dipartimento dei diritti civili e affari costituzionali, del settembre 2021 intitolato *Nutzung von SLAPP-Klagen zur Einschüchterung von Journalisten, nichtstaatlichen Organisationen und der Zivilgesellschaft*, ed oggetto, anche su pressione di gruppi transnazionali come la CASE (Coalizione Europea anti SLAPP), di piani e raccomandazioni degli organi UE, tra cui il Piano d’azione per la democrazia europea rientrante tra le priorità 2019-2024 della Commissione Europea (fondato sui tre pilastri della promozione di «elezioni libere e regolari», del rafforzamento della «libertà dei media» e del contrasto alla «disinformazione»), con connesso supporto al Resource Centre for Media Freedom in Europe, azioni ora sfociate nella proposta di direttiva del Consiglio UE n. 9263 del 17/5/2023. Recentissimamente, si veda anche la Direttiva (UE) 2024/1069 sulla “protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi” approvata dal Parlamento Europeo, il cui obiettivo consiste nella “rimozione degli ostacoli al corretto funzionamento dei procedimenti civili, garantendo al contempo la tutela delle persone fisiche e giuridiche che partecipano pubblicamente a questioni di interesse pubblico, inclusi giornalisti, editori, organizzazioni mediatiche, *whistleblower* e difensori dei diritti umani, nonché organizzazioni della società civile, ONG, sindacati, artisti, ricercatori e accademici, contro procedimenti giudiziari promossi al fine di dissuaderli dalla partecipazione pubblica” (considerando n. 6).

⁵⁹ Le linee direttrici degli interventi dell’Unione relativi al tema sono difatti in gran parte mutate da quelle indicate nella già menzionata pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 17.12.2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 113, per cui gli stati membri devono evitare: «di adottare misure idonee a dissuadere i media dallo svolgere il loro compito di avvisare il pubblico in caso di apparenti o presunti abusi dei pubblici poteri», perché «I giornalisti di inchiesta potrebbero mostrarsi reticenti a esprimersi su questioni di interesse generale» se «corrano il rischio di essere condannati», effetto dissuasivo che sarebbe «nocivo per la società nel suo complesso», dovendosi perciò considerare in chiave di bilanciamento nella «valutazione della proporzionalità - e dunque della giustificazione -

depenalizzazione – concentrandosi tuttavia l’attenzione sul piano della protezione (uti singuli) di coloro i quali partecipino al dibattito pubblico da azioni giudiziarie civili o commerciali transfrontaliere manifestamente infondate o abusive⁶⁰; nonché sul piano della prevenzione da attuarsi tramite programmi istituzionali di addestramento degli operatori giuridici, monitoraggio, sensibilizzazione e supporto alle vittime di SLAPPs⁶¹.

Per quanto concerne invece le decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE), il tema del *chilling effect* è stato affrontato in relazione alla disciplina sanzionatoria prevista dagli Stati membri per le restrizioni legittime poste all’esercizio delle libertà fondamentali sancite dai Trattati, con particolare riguardo alla libertà di circolazione delle persone e delle merci⁶². In più provvedimenti la Corte ha infatti sollecitato gli Stati membri a evitare l’impiego di misure sproporzionate, osservando come – in caso contrario – la combinazione di incertezza sugli adempimenti, non sempre intellegibili e intuitivi, nonché di elevata deterrenza possa, in tali circostanze, portare il cittadino a rinunciare alla libera e piena fruizione dei propri diritti fondamentali, evitando così il trasferimento in altro Stato membro per il timore delle conseguenze (eventualmente anche penali) connesse all’inadempimento di oneri amministrativi complessi.⁶³

La soluzione offerta è quindi in buona misura analoga a quella individuata dalla Corte EDU: l’entità delle sanzioni va calibrata secondo il principio di proporzionalità, tenendo conto, tra gli altri elementi, dell’eventuale effetto di raffreddamento sull’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti dai Trattati.

Come già evidenziato, l’importazione in ambito europeo degli orientamenti e dei relativi strumenti sviluppati negli Stati Uniti è stata parziale e, sotto alcuni profili, insoddisfacente. Ciò

delle sanzioni inflitte». Più di recente si veda anche *Corte EDU, sez. II, 13/4/2021, ric. n. 13252/17, Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia*.

⁶⁰ Parlamento europeo e Consiglio, *Direttiva (UE) 2024/1069 dell’11 aprile 2024 relativa alle garanzie procedurali contro le azioni giudiziarie strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (SLAPP)*, in GUUE L 202 del 6 maggio 2024, p. 1–15;

⁶¹ Commissione Europea, *Raccomandazione (UE) 2022/758 della Commissione del 27 aprile 2022 relativa alla protezione dei giornalisti e dei difensori dei diritti umani contro le azioni giudiziarie strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (SLAPP)*, in GUUE L 138 del 17 maggio 2022, p. 30–36;

⁶² Si vedano in particolare: CGUE, C-41/76, 15 dicembre 1976, *Donckerwolke et al.*; C-118/75, 7 luglio 1976, *Watson et al.*; C-265/88, 12 dicembre 1989, *Messner*; C-8/77, 14 luglio 1977, *Sagulo et al.*; C-157/79, 3 luglio 1980, *Pieck*.

⁶³ RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 305 s.

nondimeno, va sottolineato che sia le Corti europee (CGUE e CEDU) sia le istituzioni dell'Unione hanno mostrato una sensibilità concreta al fenomeno del raffreddamento.

Per gli scopi del presente lavoro, risulta tuttavia di preminente interesse la risposta – più articolata e incisiva – fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesca al problema in esame; a questa risposta si dedica la trattazione che segue.

4. L'*Einschüchterungseffekt* nella giurisprudenza del Tribunale Federale Costituzionale tedesco

Il *Bundesverfassungsgericht*, Tribunale Federale Costituzionale tedesco, utilizza in realtà dai primi anni '60 del XX sec.⁶⁴ il simile concetto di "*Einschüchterungseffekt*" (effetto di intimidazione), per affrontare, non solo in materia penale⁶⁵, il tema del bilanciamento dei diritti fondamentali di espressione, di critica, di riunione, di associazione, di libertà politica e di libero esercizio della professione, rispettivamente, con la tutela penale dell'onore individuale e di soggetti istituzionali, con le esigenze securitarie di monitorare da parte degli apparati di pubblica sicurezza – attraverso attività di identificazione e censimento (*Volkszählung*), di osservazione (*Beobachtung*), sorveglianza (*Überwachung*) e videosorveglianza (*Videoüberwachung*) – le attività umane individuali e collettive, tenute in luoghi pubblici e privati, nonché con la previsione normativa di autorizzazioni economicamente troppo onerose, o troppo gravemente sanzionate in caso d'inosservanza, per lo svolgimento di manifestazioni, riunioni o altre attività lecite o libere, e, tornando al campo penale, con i reati di contrasto al riciclaggio.⁶⁶

Anche nell'ambito del contesto federale tedesco, così come in quello statunitense, il riconoscimento della capacità di paralizzare l'esercizio delle libertà fondamentali di ogni forma di limite espressivo, o di sorveglianza – anche informatica – delle attività dei singoli e dei gruppi

⁶⁴ La prima pronuncia nota è BVerfGE 15/1/1958, 1 BvR 400/51 (c.d. Lüth-Urteil) in materia di libertà di espressione; sullo stesso tema, in materia di libertà di distribuzione di volantini sul passato nazionalsocialista di un politico locale, BVerfGE 7/12/1976, 1 BvR 460/72.

⁶⁵ Il giudizio di bilanciamento, nell'impostazione tedesca, non si limita alla materia penale o sanzionatoria amministrativa, ma coinvolge ad es. l'eccessività anche delle conseguenze civili dell'illecito, cfr. diffusamente ZANGER, *Freiheit von Furcht. Zum grundrechtsdogmatischen Bedeutung von Einschüchterungseffekten*, SÖR, Berlin, 2017, p. 57 s.; RATH, *Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt - Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, in Künast, Benhabib, Bryde, Reich et al., *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität*, atti del convegno «60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken», in KJ, 2009, p. 65 s.

⁶⁶ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, op. cit., p. 89.

di individui, è sicuramente dovuto a motivazioni di ordine storico-culturale:⁶⁷ si considerino le politiche di sorveglianza di massa implementate nella ex DDR dalla *Staatssicherheit* (STASI) e il conseguente bisogno, sorto nella Repubblica Federale di Germania (BRD, *Bundesrepublik Deutschland*, o Germania Ovest), le cui istituzioni sono oggi condivise dall'intero Stato tedesco a seguito dell'unificazione del 1990, di predisporre un idoneo strumento giurisdizionale per la tutela diretta del libero esercizio dei diritti fondamentali.

Tuttavia, il concetto di “*Einschüchterungseffekt*” elaborato dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco assume dei peculiari connotati, tali da differenziarlo da quello – di certo affine – di “*chilling effect*” statunitense. Difatti, laddove la *chilling effect doctrine* muove dichiaratamente dall'idea di invincibile imperfezione della disposizione normativa – proprio poiché inevitabilmente affetta da un certo grado di *vagueness* e/o di *overbreadth*⁶⁸ – secondo l'idea di *Einschüchterung* il raffreddamento non viene ricondotto primariamente alla struttura astratta della norma, ma bensì alle sue concrete modalità applicative. In altre parole, questo dev'essere riallocato a conseguenza diffusa ed indiretta del modo errato in cui questa possa essere sub-regolata, e applicata, dalle agenzie governative e dal potere giudiziario.⁶⁹ L'idea di fondo è dunque che – in realtà – a dover finire sotto la lente d'ingrandimento del giudice costituzionale è non già la norma in quanto tale, nella misura in cui essa consenta applicazioni dannose per l'esercizio di diritti fondamentali (poiché affetta da *vagueness* o *overbreadth* sostanziale), ma bensì le modalità con le quali la stessa sia stata interpretata e applicata rispetto al singolo caso, all'esito di un giudizio di bilanciamento da svolgere in concreto.

La motivazione di una simile impostazione del problema può essere ricondotta a due principali specificità del sistema costituzionale tedesco:

In primo luogo, diversamente da quanto previsto dalla Costituzione italiana⁷⁰, la Carta fondamentale tedesca vincola il giudice e il potere esecutivo all'osservanza non della sola legge, ma anche del “diritto” (cfr. Art. 20, Abs. 3 GG). Da ciò deriva che la responsabilità correlata

⁶⁷ G. MANCA, *Il raffreddamento*, op. cit., p. 90.

⁶⁸ Per “presunzione strutturale di incostituzionalità” si intende, nella dottrina statunitense del *chilling effect*, l'assunto secondo cui le norme che incidono sull'esercizio della libertà di espressione sono considerate, in ragione della loro intrinseca indeterminatezza o eccessiva ampiezza, prima facie incompatibili con il Primo Emendamento, poiché strutturalmente idonee a produrre un raffreddamento del discorso pubblico, indipendentemente dalla loro applicazione concreta.

⁶⁹ G. MANCA, op. ult. cit., p. 95.

⁷⁰ Cfr. Art. 101 Cost. c. 2° «*I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*»

all'uso giurisprudenziale dissuasivo di norme incriminatrici in ambiti estranei al tipo, coinvolgenti l'esercizio dei diritti fondamentali, viene attribuita anche alla fase applicativa, e non esclusivamente a un legislatore cui il giudice (o l'autorità amministrativa) sia semplicemente subordinato.⁷¹

In secondo luogo, la Costituzione Federale, all'Art. 93 GG – Abs. 1, S. 4.a – consente, oltre ai modelli di giudizio di legittimità costituzionale rapportabili a quello italiano, la proposizione di un ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) da parte di chiunque, previo esaurimento delle altre vie di ricorso (*ex par.* 90, Abs. 2, BVerfGG), abbia un proprio interesse a dedurre che uno o più dei suoi diritti fondamentali è stato violato da atti sovrani (*Hoheitsakte*) dei poteri pubblici - legislativo, esecutivo e giudiziario. L'accoglimento produce – senza implicare necessariamente la caducazione per illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge – un effetto cassatorio di regola circoscritto alle singole decisioni che violano il diritto fondamentale oggetto dell'impugnazione, generalmente con rinvio al giudice competente per una nuova valutazione.⁷²

La fioritura, seppur casistica, delle pronunce di annullamento individuale (*Verfassungsbeschwerde*) ha creato – in definitiva – per sommatoria e stratificazione, una mappa abbastanza decifrabile di decisioni, capace di circoscrivere un'area di tipicità penalmente irrilevante in concreto. L'esito sembra porsi in termini concettualmente tutto sommato non dissimili, al netto delle profonde differenze ordinamentali e culturali, dalla già menzionata idea di “*buffer zone*”.⁷³

Tuttavia, in riferimento all'esperienza tedesca, lo *standard* di riferimento che consente di superare la zona tampone di tipicità non punita, entrando nell'area del penalmente sanzionato, non viene individuato in un tratto soggettivo di particolare intenzionalità del dolo (come nel caso dell'*actual malice standard*), ma bensì in una connotazione dell'offesa particolarmente grave, qualitativamente debordante nella lesione di un altro diritto fondamentale, costituzionalmente protetto.

I principali riferimenti normativi del vaglio di compatibilità costituzionale dei giudici del *Bundesverfassungsgericht* debbono infatti rinvenirsi, oltre al già menzionato Art. 93, Abs.

⁷¹ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 96.

⁷² G. MANCA, op. ult. cit., p. 96.

⁷³ G. MANCA, op. ult. cit., p. 103.

1, S. 4 (che delinea l'ambito del ricorso diretto e della decisione casistica d'annullamento), nell'Art. 1, Abs. 3, GG, il quale prevede che i diritti fondamentali indicati in costituzione vincolino come diritto direttamente applicabile i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario.

Pertanto, anche la costruzione giuridica tedesca, così come è stato affermato *supra* in relazione alla dottrina gemella del *chilling effect* statunitense, si caratterizza per non esigere, se non in termini di *argumenta ad adiuvanda*, accertamenti inerenti all'esistenza fenomenica del raffreddamento, alla sua potenziale misurazione mediante le scienze sociali e all'impatto autonomo di fattori psicologici individuali nei destinatari delle discipline restrittive, con riferimento ai settori d'attività di volta in volta considerati⁷⁴. In altre parole, anche l'*Einschüchterungseffekt* si presenta principalmente quale metodo di analisi del diritto e di decisione dei casi, in termini di valutazione giuridica sulla prevalenza tra diritto fondamentale e divieto.⁷⁵

Più nello specifico, l'argomento dell'*Einschüchterungseffekt* viene utilizzato nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* al fine di integrare i tradizionali passaggi del giudizio di costituzionalità e, in particolare, la verifica della proporzionalità in senso stretto (*Angemessenheit*), senza tuttavia assumere un rilievo autonomo.⁷⁶ In altri termini, nell'esperienza della Corte costituzionale federale tedesca, il tema del raffreddamento opera quale argomento giuridico integrativo, interno al giudizio costituzionale, volto a rafforzare la tutela effettiva dei diritti fondamentali incisi dall'intervento statale, ma senza scardinare la struttura tradizionale del test di proporzionalità-ragionevolezza.

Al contrario, nell'ambito della *chilling effect doctrine* statunitense, basta che venga fornita dall'istante la dimostrazione della *vagueness* e/o della *substantial overbreadth* di una norma già a livello della sua formulazione astratta – tale quindi da ricomprendere, nel novero delle condotte sanzionate, comportamenti estranei al tipo ma ad esso contigui e riconducibili all'esercizio di una libertà fondamentale (quale, ad esempio, la libertà di espressione): in assenza di una giustificazione “forte” che motivi la legittimità dell'ingerenza (il cui onere, tuttavia, spetta all'autorità statale che abbia adottato il provvedimento), tal circostanza è di per

⁷⁴ J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen, 2016, p. 174.

⁷⁵ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 99.

⁷⁶ J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen, 2016, p. 68.

sé idonea a fondare una *facial invalidation* della disposizione, ancor prima dell'accesso a una ponderazione caso per caso.⁷⁷

Le considerazioni relative al raffreddamento, come si è accennato, si sviluppano secondo modalità differenti, in quanto, nell'esperienza tedesca, esse si fondano su una valutazione giuridica di tipo oggettivo e prognostico, che tiene conto di una pluralità di fattori normativi e sistemici. Tali considerazioni non mirano a determinare l'entità del raffreddamento in senso quantitativo, né a delimitare formalmente una "buffer zone" di non punibilità, ma operano come criteri di orientamento dell'argomentazione costituzionale, funzionali a rafforzare la tutela dell'esercizio effettivo del diritto fondamentale del consociato attraverso l'interpretazione restrittiva delle norme, l'innalzamento della soglia di giustificazione dell'ingerenza e, ove necessario, l'annullamento limitato al caso concreto.⁷⁸

La dottrina tedesca sottolinea – infatti – che il giudizio di conformità costituzionale sugli atti sovrani, anche se privi di precedenti, si basa anch'essa su di una previsione ragionevole della possibile limitazione dei diritti fondamentali,⁷⁹ ma – in merito a quest'ultimo profilo – si ritiene che essa debba fondarsi su parametri oggettivi e giuridicamente rilevanti, ricavabili dalla disciplina normativa e dal contesto applicativo, quali la gravità delle sanzioni minacciate; le risorse decisionali disponibili (per es. informazioni ufficiali); la riducibilità delle incertezze prognostiche (per es. tramite consulenza legale); e la ragionevolezza della riduzione dell'incertezza prognostica nella concreta situazione di esercizio.⁸⁰

⁷⁷ In tema di *facial challenge* fondata sulla *overbreadth doctrine*, la *Supreme Court* ha infatti chiarito che l'invalidazione di una norma può avvenire già sulla base della sua formulazione astratta, qualora l'*overbreadth* risulti "reale e sostanziale" rispetto alla sua *plainly legitimate sweep*. In tali ipotesi, il ricorrente è legittimato a contestare la disposizione non in ragione di una lesione concreta dei propri diritti, ma sulla base di una valutazione prognostica del rischio che «*the statute's very existence may cause others not before the court to refrain from constitutionally protected speech or expression*», essendo sufficiente una *judicial prediction or assumption* del *chilling effect*. Ne consegue che, una volta superata la soglia della *substantial overbreadth*, l'enforcement della norma è "*totally barred*", fino a quando una *limiting construction* o una *partial invalidation* non elimini la minaccia apparente per l'esercizio delle libertà garantite dal Primo Emendamento – cfr. *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 612–615 (1973).

⁷⁸ J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen, 2016, p. 36 «*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befassen sich in der Regel nicht mit der subjektiven Motivationslage, welche mit den Entscheidungen zur grundrechtlichen Betätigung korrespondiert oder ihr vorausgeht, sondern lediglich mit dem (verfassungs)rechtlichen Dürfen oder Nichtdürfen von Handlungen, die der einfachen Sinneswahrnehmung zugänglich sind*».

⁷⁹ J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*. Op. cit., p. 173.

⁸⁰ J. STABEN, op. cit., p. 177

5. La contenuta eco del chilling effect e dell'Einschüchterungseffekt nel contesto ordinamentale italiano

Compiuta questa sintetica, ma necessaria, ricostruzione comparatistica, si rende ora opportuno volgere l'attenzione al recepimento della dottrina nell'ambito dell'Ordinamento italiano e al suo possibile inquadramento entro la cornice della teoria generale del reato, con l'obiettivo ultimo di delineare un quadro metodologico e concettuale idoneo a orientare l'indagine che seguirà.

Si è già avuto modo di evidenziare come la Consulta abbia recepito l'orientamento espresso dalla giurisprudenza CEDU in tema di libertà di espressione – in occasione della già menzionata sentenza n. 150 del 2021. Tuttavia, pare di estremo interesse approfondire un'altra pronuncia, appena successiva, nell'ambito della quale venne frontalmente affrontato il tema del “raffreddamento”. Ci si riferisce alla sentenza n. 8 del 2022⁸¹, resa in relazione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate rispetto all'ultima riscrittura (prima della sua recentissima *abolitio*) della fattispecie dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) – in chiave ulteriormente delimitativa – introdotta dall'art. 23, comma 1, del d.l. n. 76/2020 (“decreto semplificazioni”), conv. in l. n. 120/2020.

In particolare, le due questioni sollevate dal G.U.P. del Tribunale ordinario di Catanzaro – con ordinanza n. 46 del 6 novembre 2020 – vertevano su aspetti sia procedurali che di natura sostanziale, ossia – rispettivamente – sull'asserita violazione degli artt. 77, 3 e 97 della Cost. Per quel che concerne la questione relativa alla violazione degli aspetti procedurali, il Tribunale rimettente denunciava anzitutto “l'eterogeneità della materia trattata”, in quanto si constatava un disallineamento fra la disposizione censurata rispetto alla motivazione adottata dal governo a giustificazione del ricorso alla decretazione d'urgenza. Quest'ultima venne infatti individuata nella «*straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità*»; nonché di «*introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy,*

⁸¹ Corte cost., 18.1.2022, n. 8, red. Modugno, in Sist. pen., 2022

al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica Covid-19».

Secondo il giudice *a quo*, la disposizione introdotta dal governo – nella cornice complessiva del provvedimento in cui venne inserita – risultava “del tutto eccentrica” dalla materia e finalità propria dello stesso, in quanto – come poi ulteriormente ribadito nella medesima ordinanza, nella parte in cui (punto 3.2) si argomenta l’assenza dei requisiti di “necessità e urgenza” – non vi sia alcun rapporto di strumentalità riscontrabile fra depenalizzazione parziale dell’abuso d’ufficio e accelerazione dell’*iter* procedimentale amministrativo, «[...] tenuto conto dei fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale e della totale assenza di incidenza di singole vicende penali sul piano della semplificazione dell’azione amministrativa.» Anzi, nell’ottica del rimettente, l’abolitio censurata avrebbe operato «[...] in direzione diametralmente opposta rispetto a quella dichiarata, andando ad incidere su una disposizione posta ad imprescindibile presidio della salvaguardia della legalità dell’azione amministrativa [...] trasformandola in un reato legislativamente impossibile» – impossibilità dovuta sua volta all’esclusione del sindacato penale sulle scelte discrezionali della PA, operando un inaccettabile equiparazione della discrezionalità amministrativa ai diritti dispositivi in *re propriam* del privato: ecco, quindi, l’asserita violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (artt. 97 e 3 Cost.).

Dopo aver sinteticamente ripercorso la tumultuosa evoluzione storico-normativa della fattispecie emendata - con particolare riferimento alle «soluzioni della giurisprudenza, la quale, dopo una fase iniziale di ossequio allo spirito della novella⁸², è virata verso interpretazioni estensive degli elementi di fattispecie, atte a travalicare i rigidi paletti che la novella legislativa aveva inteso fissare e a riaprire ampi scenari di controllo del giudice penale sull’attività amministrativa discrezionale» – la Consulta ritenne giustificato l’intervento operato. Ciò in quanto è proprio in tale violazione sistematica da parte della già menzionata giurisprudenza che dev’essere individuata «[...] una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come “burocrazia difensiva” (o “amministrazione difensiva”). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall’assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell’interesse pubblico, preferendo assumerne

⁸² Il riferimento, in questo caso, è alla novella operata dall’art. 1 della legge 16 luglio 1997, n. 234 (Modifica dell’art. 323 del Codice penale, in materia di abuso d’ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale).

altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anaelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”).» Cosicché, conclude la Corte, il «[...] solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un “effetto di raffreddamento”, che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante», creando in definitiva «un freno e un fattore di inefficienza dell’attività della pubblica amministrazione [...] fonte di inefficienza e immobilismo, [...] ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».

In sintesi, la Corte ha rilevato che un sistema penale caratterizzato da imprevedibilità nella sua applicazione giurisprudenziale – cioè tale da comportare un rischio non quantificabile di essere sottoposti a indagini, processo e sanzione come conseguenza dell'esercizio di un attività doverosa, in forza dei principi di buon andamento ed imparzialità della p.a. (art. 97 2° c. Cost.) – può determinare effetti negativi sull’ordinamento liberal-democratico, in particolare sull’efficienza della gestione della cosa pubblica, ben più significativi rispetto ai potenziali benefici derivanti dal controllo penale sulla legalità degli atti amministrativi previsto dall’art. 323 c.p.

Sebbene l’intenzione del legislatore del 2020 sia stata confermata dalla sentenza menzionata in termini di legittimità, la mera riscrittura del tipo non è stata reputata sufficiente a contenere quell’orientamento giurisprudenziale incline a superare i confini del fatto tipico.⁸³ Questa tendenza ha condotto a una spinta abrogativa, volta a eliminare ogni riferimento normativo che potesse consentire ai giudici operazioni interpretative non previste dal testo legislativo, ossia – potremo dire – alla creazione di un “*breathing space*”, non solo intervenendo sulla risposta sanzionatoria, ma bensì direttamente sul tipo.

Il medesimo ordine di idee trovò poi ulteriore conferma nella recente approvazione del d.d.l. n. 808/2023 (“d.d.l. Nordio”), convertito nella l. n. 114/2024, la quale, all’art. 1, lett. b, dispone l’abrogazione dell’art. 323 c.p., motivando tale scelta proprio con la necessità, illustrata nella relazione alla legge, di prevenire i rischi di paralisi dell’azione amministrativa evidenziati dalla Corte costituzionale – di neutralizzazione di questa peculiare forma di “raffreddamento”.

⁸³ B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell’abuso d’ufficio: più pro che contro*, in *Legisl. pen.*, 2023, p. 1 s.

Nella giustificazione addotta dal governo alla radicale *abolitio*, sicuramente ispirata anche dalla già menzionata sentenza, assunse un centrale rilievo il dato oggettivo – seppur incompleto, poiché non considerante gli effetti della novella del 2020 – consistente nell’ampiezza della “forbice” fra le iscrizioni di notizie di reato ex art. 323 c.p. e il numero delle condanne definitive. Approssimando in percentuale, su 100 denunce: 80 vengono archiviate, e, delle 20 che vanno a giudizio, solo una si trasforma in condanna.⁸⁴ Risulta così certificata, per lo meno secondo l’attuale maggioranza di governo - sulla scia di un ampio e autorevole schieramento dottrinario - l’inutilità della zavorra costituita dalla costante “spada di Damocle” ex art. 323 c.p., nonché non sufficiente la funzione di filtro di selettività assunta dalla magistratura giudicante.

Non mancano, a ben vedere, i sostenitori dell’opposta tesi minimizzante – rispetto alla dimensione sia fenomenica che giuridica – del tema del raffreddamento. Ebbene, secondo costoro, come efficacemente sintetizzato da MANCA,⁸⁵ i problemi evidenziati dalla Corte attinenti alla “burocrazia difensiva” debbono essere relativizzati a pressoché velleitaria “preoccupazione espressa dai Sindaci italiani”; ridimensionati a causa di immobilismo gestionale ed economico di certo minore delle altre “molteplici inefficienze della macchina amministrativa”; controbilanciati dal numero rassicurante di esiti assolutori; incapaci di infliggere danni superiori o pari a quelli che deriverebbero dalla attenuazione di una capillarità - ritenuta necessaria - del controllo penale sulla attività amministrativa, comunicando un “messaggio sbagliato” che filtrerebbe dall’*abolitio*, capace di indurre il “rischio di un pericoloso scivolamento dell’etica pubblica”.

In ogni caso, pare chiaro come il tema dell’«effetto di raffreddamento», *sub specie* di «paura della firma» e «burocrazia difensiva» nel dibattito sull’abuso d’ufficio, si sia affermato, così, quale effettiva matrice delle scelte di politica criminale, e prima ancora, quale argomento dei giudizi di costituzionalità.

⁸⁴ Si specifica nella *Relazione* (p. 3, pubblicata in Sist. pen., 2023), quanto alle rilevazioni per anno, che su 4721 iscrizioni di notizie di reato per abuso d’ufficio nel 2021 e 3938 nel 2022, si registrano 4121 archiviazioni nel 2021 e 3563 nel 2022, mentre, nel 2021, le condanne in primo grado sono 18, più altre 9 condanne (in abbreviato) e 35 patteggiamenti in fase d’udienza preliminare. Conseguentemente (p. 4), si afferma la necessità di abolizione, che solleverebbe «l’azione amministrativa ed il singolo indagato dalle ricadute negative derivanti da iscrizioni per fatti che risultano non rientrare in alcuna categoria di illecito penale»; per una ricostruzione cfr. R. GAROFOLI, *La annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello stato*, in Sist. pen., 2023, p. 5 s.

⁸⁵ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 53-54.

Ecco, però, come le due pronunce della Consulta che si è avuto modo di richiamare *supra*, unitamente alla summenzionata discussione dottrinarica relativa all'*abolitio* del reato di abuso d'ufficio, segnalano come – in realtà – il tema del *raffreddamento* non sia stato del tutto compreso. Pare infatti chiaro come non sia stato recepito un cruciale elemento, condiviso dai modelli d'origine sia statunitense che tedesco: il livello di rischio di congelamento di diritti fondamentali discende da come le norme sono strutturate e applicate o, in ragione del loro tenore letterale, applicabili. Orbene, da ciò discende che: *in primis*, non vale a falsificare la tesi il solo obiettare che raffreddamento e paura non esistano *in rerum natura*, o siano fenomenicamente trascurabili; in secondo ordine, che ai fini dell'accertamento di un effetto di raffreddamento, non si pone quale condizione necessaria della sua sussistenza il “test” preventivo della norma in sede applicativa, potendo questo discendere – appunto – già direttamente dalla sua previsione astratta.

Gran parte degli argomenti addotti – sia dai sostenitori che dai detrattori della sussistenza della suddetta “paura della firma” – ruotavano proprio attorno alla presenza o meno di verifiche empiriche, per così dire, sociologiche del fenomeno. Questa impostazione, specialmente se la verificabilità fenomenica viene elevata a *condicio sine qua non* ai fini dell'accertamento del problema, impedisce alla teoria di operare su di un piano propriamente giuridico, facendo pieno ingresso nello strumentario concettuale e dogmatico penalistico, e, quindi, nell'alveo dei principi che debbono guidare la redazione, l'interpretazione, il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, nonché, più in generale, costituire un valido limite alle scelte politico-criminali.⁸⁶

6. Conclusioni

Ricongiungendo le fila del percorso sin qui sviluppato, pare evidente come tanto la *chilling effect doctrine* elaborata nell'esperienza statunitense, quanto la figura dell'*Einschüchterungseffekt* affermata nell'ordinamento tedesco, offrano al penalista italiano un insieme di coordinate teoriche utili a individuare modalità di bilanciamento idonee a fronteggiare un peculiare antinomia: essa non si consuma sul piano teorico-normativo, tra diritti fondamentali e fattispecie incriminatrici, bensì su quello, meno visibile ma non meno concreto nella prassi, del rischio che la norma penale venga applicata oltre il perimetro del fatto tipico,

⁸⁶ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 54.

producendo un effetto paralizzante su condotte formalmente lecite ma prossime alla soglia dell'illecito.

Come si è ampiamente argomentato nell'introduzione al presente capitolo, il *chilling effect* può essere ricondotto alla più ampia categoria degli "effetti collaterali" negativi genericamente "indesiderabili" delle scelte di criminalizzazione. Con tale espressione, si sono qui intese tutte quelle conseguenze reali, empiricamente apprezzabili, che derivano dall'operare in action della norma penale, pur non rientrando nel novero degli obiettivi di politica criminale ufficialmente perseguiti dal legislatore. L'attributo di negatività degli stessi è dato dalla loro antiteticità al sistema degli interessi rilevanti per l'ordinamento, che fa apprezzare l'effetto nei termini di un costo sociale e/o economico. In questo quadro, come si è visto, il *chilling effect* si caratterizza per un tratto distintivo fondamentale: il suo "costo" si esplica nel raffreddamento, per *overdeterrence*, dell'esercizio di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Esso si configura, pertanto, non come un mero effetto collaterale genericamente indesiderabile, ma come un esito giuridicamente inaccettabile, in quanto idoneo a pregiudicare in concreto l'effettività delle libertà fondamentali affermate dalla Carta costituzionale.

Proprio per quest'ultima ragione, il *chilling effect* è suscettibile di assurgere – come si è visto – a valido argomento giuridico spendibile nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi e, dunque, nelle pronunzie dei giudici costituzionali. Nell'ordinamento tedesco, tale rilievo si è tradotto in decisioni che intervengono per lo più sulle singole applicazioni – censurando l'operato dei poteri esecutivo o giudiziario – nella misura in cui esse abbiano inciso, in concreto, sull'esercizio di diritti fondamentali in modalità incompatibili con il dettato Costituzionale, senza che ciò comporti necessariamente una caducazione della disposizione normativa in quanto tale. Diversamente, nell'esperienza statunitense, il *chilling effect* ha assunto rilievo soprattutto nell'ambito delle *facial challenges*, ove il giudizio di incostituzionalità investe direttamente la legge nel suo complesso, conducendo alla declaratoria di invalidità dello *statute* e alla conseguente perdita di efficacia della norma nei confronti della generalità dei destinatari. In ogni caso, l'esigenza – comune a entrambe le impostazioni – è quella di assicurare un adeguato *breathing space* dei diritti fondamentali, eventualmente attinti da un eccesso di prevenzione generale, tramite l'istituzione di *bufferzones* di non punibilità e/o un attenuazione della pena edittale prevista in astratto.

Entrambi i summenzionati modelli postulano l'accettazione dell'immanenza, nell'ambito di qualsiasi ordinamento giuridico, di un inevitabile margine di errore

nell'applicazione giudiziale della legge, imponendo così il superamento di una concezione meramente formalistica del fenomeno giuridico. Se ci si arrestasse al solo dato normativo astratto, infatti, due condotte limitrofe – l'una tipica e l'altra atipica – non entrerebbero mai in contatto, rimanendo idealmente separate come rette parallele destinate a non intersecarsi. Tale ontologica imperfezione si giustifica, se non altro, nella necessità ineludibile di far ricorso all'interpretazione come strumento di conoscenza della legge, nella consapevolezza che ogni disposizione normativa è strutturalmente suscettibile di una pluralità di interpretazioni corrette.

87

Si è visto inoltre come il *chilling effect*: I) scaturisca *in primis* dalla mera apposizione in astratto della norma penale, nella misura in cui l'interesse primario di qualsiasi consociato è non già evitare di incorrere in sanzioni, ma – prima ancora – impedire che il riconoscimento della liceità della condotta tenuta avvenga al prezzo di una gravosa “sofferenza processuale”, ovvero richieda elevati costi, economici e personali, con tutto il carico di conseguenze negative sulla propria attività professionale che anche la mera sottoposizione al procedimento implica; II) è eventualmente amplificato dal riscontro di disomogeneità applicative, ad opera dei poteri sia giudiziario che esecutivo, o comunque d'ambiguità o eccessiva discrezionalità nell'*enforcement*; III) la sua entità (*quantum*) è direttamente proporzionale alla gravità della sanzione edittale minacciata in astratto; IV) può rilevarsi anche in assenza di *behavioral proofs*, essendo sufficiente la sua plausibilità oggettiva, da valutarsi sulla base di un giudizio prognostico che tenga conto del tenore letterale della norma (eventualmente affetta da *vagueness* e/o *overbreadth*) e del contesto nel quale essa dovrà trovare applicazione; V) incide non già su singole condotte, ma bensì su attività lecite, socialmente utili, inerenti all'esercizio di libertà costituzionalmente garantite.

Sul piano della struttura della soluzione offerta dalla dottrina, si è visto come essa si articoli in un *balancing process*, ovvero sia – al fine di assicurare la più piena protezione dei diritti fondamentali – è richiesta una valutazione comparativa che bilanci il rischio o il danno prevenuto dalla norma penale con quello, invece, generato da eventuali limitazioni all'esercizio

⁸⁷ Rispetto alle origini di tale ontologica incertezza G. MANCA, op. cit., p. 5 e s. si rifà a M. PAPA, *Fantastic Voyage, Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli editore, 2017, ove questa viene ricondotta alla dicotomia fra destinatari delle norme incriminatrici: da un lato, coloro i quali le debbono osservare; dall'altro coloro che invece le debbono applicare. I primi, essendo sprovvisti di competenze tecniche-giuridiche specialistiche, necessiteranno delle norme il più possibile chiare ne definire – per così dire – *icto oculi* la sfera del lecito da quella dell'illecito. I secondi, invece, richiederanno normativa il più possibile analitica, necessitando di indicazioni il più possibili concrete dalla norma di legge al fine di risolvere casi concreti. Nello stesso senso *cfr.*

del diritto a causa di un'eccessiva deterrenza prodotta dalla norma stessa. Tale valutazione, nel modello statunitense, tende a prescindere dalla considerazione del momento applicativo, mentre – al contrario – nel modello tedesco si concentra principalmente su quest'ultimo. In ogni caso, laddove si dovesse riscontrare un “raffreddamento” – la dottrina impone una “motivazione” rafforzata che valga a legittimare l'intervento in considerazione delle finalità perseguite ed all'inefficacia di mezzi alternativi. Laddove essa manchi o sia insufficiente, in applicazione del principio del *comparative harm*, il legislatore (e, in via rimediale, il Giudice costituzionale) dovrà determinarsi a favore dell'*overprotection* della libertà fondamentale attinta.

Per quel che concerne le modalità operative tramite le quali egli possa pervenire a tale scopo, la dottrina ha elaborato una pluralità di strumenti. Una prima risposta, tradizionalmente associata alla riflessione statunitense e in particolare propria del pensiero di Frederick Schauer, consiste nell'istituzione di vere e proprie *buffer zones* di non punibilità, funzionali ad assicurare un adeguato *breathing space* all'esercizio dei diritti fondamentali. Se la norma è suscettibile di esser mal interpretata, ingenerando una deterrenza che vada al di là dell'area della sua tipicità, è opportuno restringere di conserva quest'ultima, di modo che infine l'area della general-prevenzione negativa con essa coincida.

La seconda tecnica teorizzata dalla dottrina d'oltreoceano è rappresentata dal *penalty sensitive approach*, teorizzato da Michael Coenen: esso mira a valorizzare anche il *quantum* di pena minacciato in astratto, fondandosi sull'idea che l'intensità della deterrenza ingenerata nei suoi potenziali destinatari sia pur sempre direttamente proporzionale alla severità della stessa. Ne consegue l'esigenza di affiancare (non già sostituire) alla tecnica delle *buffer zones* interventi di modulazione della pena edittale (in particolare, di riduzione del minimo edittale), così da evitare una gestione rigidamente binaria del caso concreto (assoluzione o condanna) e consentire soluzioni sanzionatorie attenuate per le ipotesi (tipiche) più marginali, senza escludere la loro illiceità ma riducendo al contempo il rischio di paralisi dell'agire lecito.

Una logica in parte analoga si rinviene nell'esperienza eurounitaria e convenzionale. Nell'ottica della Corte europea dei diritti dell'uomo, il contenimento del *chilling effect* è stato affidato esclusivamente al controllo di proporzionalità della risposta sanzionatoria, con particolare riguardo alla natura, detentiva o pecuniaria, della pena edittale prevista in astratto. In tale contesto, il *penalty sensitive approach* assume una connotazione minimalista: la tutela dei diritti fondamentali “raggelati” non sembra dover attuarsi intervenendo sul precetto, quanto piuttosto evitando la previsione di pene sproporzionate, idonee a produrre un effetto dissuasivo

eccessivo sull'esercizio delle libertà garantite. Anche nell'ordinamento italiano, il recepimento di tali istanze si è mosso prevalentemente lungo questa direttrice, privilegiando interventi di riequilibrio sul piano sanzionatorio e lasciando in ombra soluzioni più incisive di tipo strutturale.

In ogni caso, al di là delle differenze di tecnica e di intensità, le soluzioni prospettate convergano tutte su un medesimo presupposto: la necessità di governare l'eccesso di prevenzione generale generato dalla norma penale, al fine di evitare che la funzione deterrente si traduca in una compressione indiretta ma sostanziale dei diritti fondamentali. Si è visto, tuttavia, come la dottrina inerisca al diritto costituzionale, inserendosi nell'ambito del giudizio di legittimità delle leggi. Occorre tuttavia ora interrogarsi su quale spazio essa possa trovare nell'ambito delle tradizionali categorie dogmatiche penalistiche, nonché, in ultima istanza, nella risoluzione di alcune delle principali criticità del sistema di incriminazioni posto a presidio della salute e sicurezza dei lavoratori nell'ordinamento italiano.

CAPITOLO II - Dal *chilling effect* al diritto penale del lavoro: profili di connessione sistematica

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica, ipotesi di ricerca e delimitazione del problema; 2. Il *chilling effect* come eccesso di general-prevenzione negativa; 1.1. La non riconducibilità del modello al tema delle cause di giustificazione ed all'ambito dell'errore sul precetto penale ex art. 5 c.p; 1.2. La non piena sovrapposibilità del tema del raffreddamento alla problematica inerente ai vulnera di precisione/tassatività della legge penale; 3. *Chilling effect* e gestione del rischio lavorativo; 3.1 Lo *standard* della “*massima sicurezza possibile*” e l'obbligo di valutazione dei rischi; 4. Conclusioni.

1. Premessa metodologica, ipotesi di ricerca e delimitazione del problema

Il ricorso alla categoria del *chilling effect*, nel passaggio dal terreno classico della libertà di espressione al diritto penale del lavoro, non implica un trapianto automatico della *doctrine* statunitense. La categoria è qui impiegata in chiave euristica: non per sostituire le categorie tradizionali del diritto penale, ma per mettere a fuoco i punti nei quali l'assetto prevenzionistico e il suo impiego giurisprudenziale rischiano di eccedere la misura compatibile con legalità, colpevolezza e responsabilità per fatto proprio.⁸⁸

⁸⁸ F. A. SIENA, Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro, in A. MANNA (a cura di), Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro, CEDAM, Padova, 2023, spec. p. 3-4 e 12-13.

Come si è argomentato nel Capitolo I del presente scritto, a fronte dei ripetuti richiami della Corte costituzionale intervenuti negli ultimi anni, quanto pure in relazione alle recenti scelte di politica legislativa ispirate alle medesime preoccupazioni di fondo, occorre individuare una sua collocazione dogmatica definita. Una simile operazione consentirebbe, in termini di ipotesi di lavoro, di verificare se e in quale misura il fenomeno ponga in crisi segmenti identificabili dell'architettura penalistica vigente, permettendo così di individuare tanto le aree di intervento quanto le soluzioni sistematicamente esigibili, con particolare riferimento al sistema di reati posto a presidio della tutela della salute e sicurezza di chi lavora.

1.1. La non riconducibilità del modello al tema delle cause di giustificazione ed all'ambito dell'errore sul precetto penale ex art. 5 c.p

Anzitutto, sembra opportuno “sgombrare il campo” dall'idea di inquadrare il modello nel più classico ambito ove s'impone la necessità di operare un bilanciamento tra interessi tutelati dal reato ed esercizio dei diritti: ovvero quello dell'antigiuridicità e delle cause di giustificazione. Ciò, anzitutto, in ragione del fatto che tanto il concetto di *chilling effect*, come più in generale, la tematica degli “effetti collaterali” delle scelte di criminalizzazione, invita ad abbandonare il mero piano teorico-normativo, per guardare al funzionamento *in action* delle disposizioni sanzionatorie.

Per converso, le scriminanti constano in strumenti concettuali e normativi che intervengono a risolvere situazioni in cui si registrano, già sul piano teorico-normativo,⁸⁹ comportamenti al contempo leciti (in riferimento all'ordinamento nel suo complesso) e vietati (da una norma penale).⁹⁰

In ogni caso, come pure ha avuto modo di notare autorevole dottrina, occorre riconoscere come anche in sede decentrata il giudice ordinario possa far ricorso a tecniche decisorie idonee a evitare, nel caso concreto, esiti di bilanciamento irragionevoli tra interessi confliggenti. Tra queste, assume particolare rilievo una peculiare forma di applicazione diretta delle norme di principio contenute nella Costituzione⁹¹: in forza dell'appiglio normativo offerto

⁸⁹ La “causa di giustificazione”, infatti «*deriva dalla norma giuridica e va ricavata da una figurazione astratta del sistema dei comandi. Accanto alla norma che stabilisce un divieto e descrive un fatto tipico vietato funziona una seconda norma che contiene il permesso di compiere il fatto (norma permissiva) quando ricorrono determinate circostanze. La giustificazione proviene da questa seconda norma*». P. MIELE, *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 592.

⁹⁰ G. MANCA, op. cit., p. 113 e s., nello stesso senso si veda anche N. RECCHIA, op. cit., p. 254.

⁹¹ «*[...] la scelta del giudice comune di ritenere o meno sussistente la causa di giustificazione non pare possa in alcun modo dipendere da decisioni interpretative legate a criteri di gerarchia, cronologia e specialità, ma sia*

dall'art. 51 primo comma del c.p., il diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta viene infatti “impiegato” per escludere la punibilità rispetto a fattispecie concrete che, pur penalmente tipiche, risultino riconducibili all'esercizio dello stesso. Orbene, se una siffatta operazione permette di conseguire, nella sostanza, l'inapplicabilità o la riduzione dell'ambito di applicazione di una fattispecie, occorre per converso evidenziarne i limiti, trattandosi pur sempre di una soluzione parziale – per certo non idonea a neutralizzare il *chilling effect*: si tratta infatti di un rimedio incidente esclusivamente sul momento applicativo dell'opzione punitiva – consentendo di evitare, in taluni casi, solo l'irrogazione della sanzione ovvero, talvolta, la celebrazione del processo – ma non riuscendo mai ad incidere sulla formulazione astratta della fattispecie incriminatrice in sé considerata; pertanto, data l'assenza di efficacia *erga omnes* della sede decentrata (anche di legittimità), una medesima condotta ben potrà essere giudicata in concreto giustificata *ex art. 51 c.p.* da un giudice, ma trovare opposta soluzione da parte di altri.⁹²

Passando ad un altro profilo, strettamente connesso, si è visto come il modello proposto dalla *chilling effect doctrine* richieda l'accettazione realistica, come caratteristica ontologica ineludibile del diritto, dell'imperfezione dell'ordinamento. Al contrario, l'art. 5 del c.p. dispone perentoriamente che “Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale”, puntando così la disposizione – per lo meno nella sua *ratio* originale – ad escludere in via assoluta che l'ignoranza o l'errore in relazione al precetto possano esser causa di esclusione della responsabilità penale.

Di qui la non riconducibilità dogmatica del tema del raffreddamento all'art. 5 c.p., nonostante lo stesso articolo sia stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo «*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*». La ragione riposa nel peculiare inquadramento – in termini di “non radicale inintelligibilità” – dello *standard* di esclusione della responsabilità per errore inevitabile sul precetto penale, operato *in primis* dalla celebre sentenza della Consulta n. 364 del 1988.⁹³ Ciò

frutto, invece, di un'attività valutativa di bilanciamento, non già tra la fattispecie codicistica e il principio costituzionale, ma piuttosto tra due diverse norme di principio» N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 336.

⁹² N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 338 – 339.

⁹³ «Chi, attenendosi scrupolosamente alle “richieste” preventive dell'ordinamento, agli obblighi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., adempia a tutti i [...] doveri strumentali [di informazione sulla legge penale] e ciò nonostante venga a trovarsi in stato d'ignoranza della legge penale, non può essere trattato allo stesso modo di chi deliberatamente o per trascuratezza violi gli stessi doveri» (C. Cost. n. 364 del 1988): è opinione pacifica che la Corte, in questa sede, abbia delineato una “scusante” – oltretutto – una causa di esclusione della colpevolezza

nell'ordine di due motivazioni: la prima, consistente nella natura assolutamente eccezionale dei suddetti margini di inevitabilità, delineati dalla giurisprudenza Costituzionale, tali da “salvare” apparati legislativi in grado di indurre di certo l'errore e l'incertezza, ma non al punto da potersi giudicare affetti di incomprendibilità radicale; la seconda, conseguenza della prima, relativa alla natura dell'accertamento del summenzionato *standard*, che – prevedendo l'impiego di stretti criteri oggettivi, soggettivi e misti di eccezionale scusabilità – non è di certo in grado di “rassicurare” il cittadino in merito alla liceità della propria condotta, neutralizzando così la “paura del procedimento”, che, come abbiamo avuto modo di vedere, consiste nella causa prima di qualsiasi effetto di raffreddamento.

Ad analoghe conclusioni, occorre infine addivenire anche laddove l'errore intervenga in relazione a norme *extra*-penali “integrative” del precetto, specialmente se quest'ultimo consista in una norma penale “parzialmente in bianco”: la giurisprudenza tende infatti a ricondurre gli errori ricadenti su norme o discipline extrapenali all'art. 5 c.p., e non già all'art. 47 c. 3° c.p., e ciò sulla base del presupposto per il quale per “legge extrapenale” deve intendersi soltanto quella che sia in origine destinata a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e che non venga richiamata in una fattispecie incriminatrice di modo da esserne esplicitamente o implicitamente incorporata.⁹⁴

1.2. La non piena sovrapponibilità del tema del raffreddamento alla problematica inerente ai vulnere di precisione/tassatività della legge penale

Un altro ambito nel quale il fenomeno del *chilling effect* sembrerebbe potersi collocare è quello della più complessa e tradizionale problematica riconducibile alla determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice. Segnatamente, secondo autorevole dottrina, se è vero che i fattori posti alla base dell'effetto di raffreddamento – incertezza ed errore – sono in larga misura gli stessi che il principio di determinatezza/tassatività mira a neutralizzare, una meccanica sovrapposizione dei piani rischierebbe di non valorizzare appieno il contenuto e il potenziale euristico della categoria del *chilling effect*.⁹⁵

Le ragioni sono essenzialmente due. In primo luogo, non è affatto vero che ad ogni fattispecie indeterminata corrisponda necessariamente un potenziale – e nefasto – effetto di

(*cf.* D. PULITANO', *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento I*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 615-624).

⁹⁴ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli editore, 2024, Torino, p. 73.

⁹⁵ In questo senso, si veda RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 259 e s.

raffreddamento, specie laddove l'indeterminatezza non incida su ambiti prossimi all'esercizio di libertà fondamentali costituzionalmente garantite. In secondo luogo, e soprattutto, non tutte le ipotesi di *chilling effect* sono riconducibili a un vizio di determinatezza della disposizione incriminatrice, posto che, in numerosi casi, anche norme formalmente tassative, chiare e inequivoche finiscono per esercitare un effetto di *overdeterrence* nei confronti di comportamenti limitrofi ma costituzionalmente tutelati.

In tale prospettiva appare utile riprendere la distinzione – invalsa nella letteratura e nella giurisprudenza costituzionale statunitense – tra *vagueness* e *overbreadth*, categorie che, pur potendo concorrere nella prassi, rinviano a patologie normative concettualmente distinte.⁹⁶

I problemi di *vagueness* attengono alla natura linguistica e astratta della fattispecie incriminatrice, ossia all'impiego di termini generici e privi di un immediato significato operativo. La descrizione vaga dei precetti costringe infatti il cittadino a cercare nella giurisprudenza o in atti amministrativi l'effettiva portata della norma, talora impedendogli di comprenderne appieno il precetto (*fair notice*), oltre a comportare una significativa dilatazione della discrezionalità interpretativa, offrendo perciò il fianco a difformità applicative e a decisioni che possano essere percepite come arbitrarie (*arbitrary and discriminatory enforcement*). Poiché il *fair notice* non richiede una chiarezza assoluta del testo normativo, ma una prevedibilità ragionevole dell'esito applicativo, la chiarificazione del significato della disposizione nel confronto con il caso concreto è idonea, nella generalità delle ipotesi, a ricondurre il precetto entro una soglia di determinatezza costituzionalmente sufficiente, senza che vi sia la necessità di incidere sulla sua validità in astratto considerata. Ne consegue che, coerentemente con tale impostazione, le censure di *vagueness* fondate sul difetto di *fair notice* sono ordinariamente affrontate mediante un controllo di tipo *as applied*.

Tale possibilità incontra tuttavia un limite laddove la disposizione risulti priva di un nucleo inequivoco di condotte vietate (*unmistakable core*), ossia sia strutturalmente incapace di fornire *standards* applicativi minimi. In queste ipotesi, la *vagueness* non è più colmabile per via interpretativa o contestuale, ma si traduce in un vizio che investe l'allocazione del potere

⁹⁶ K. BRENNAN – MARQUEZ, *Extremely Broad Laws*, in *Ariz. L. Rev.*, 2019, p. 641 e s.; J.F. DECKER, *Overbreadth Outside The First Amendment*, in *N.M. L. Rev.*, 2004, p. 60 e s.

normativo, giustificando un sindacato più incisivo sulla validità della norma in quanto tale (*facial challenge*).⁹⁷

Al contrario, le questioni relative al fenomeno dell'*overbreadth*, ovvero all'eccessiva ampiezza della fattispecie astratta, emergono quando la disposizione, anche per tramite clausole residuali (*catch-all clauses*), estende la punibilità a contesti eterogenei, colpendo omissioni o condotte che la collettività, incarnata dalle scelte politico-criminali del legislatore, non avrebbe ragionevolmente inteso criminalizzare. In tali ipotesi, la disposizione generale si dimostra perciò incapace di "adattarsi" a tutti i casi concreti che potrebbero ricadere nel suo ambito applicativo, per cui l'unico rimedio percorribile non potrà che consistere nella ridefinizione dei suoi confini sul piano della tipicità astratta, escludendo esplicitamente quelle ipotesi concrete rispetto alle quali l'applicazione risulterebbe irrazionale o manifestamente sproporzionata.⁹⁸

Per fare un esempio pratico, si consideri una regola di condotta impartita ai dipendenti dal datore di lavoro formulata come segue: "i dipendenti debbono rapportarsi con i colleghi con il debito rispetto". Si tratta di una "norma" di certo affetta da un elevato grado di imprecisione (*vagueness*) la cui portata concreta può tuttavia essere ridimensionata rapportandola a singoli contesti specifici, mediante la costruzione di sotto-regole applicative (es. divieto di uso della

⁹⁷ In particolare, la *void-for-vagueness doctrine* costituisce, nel diritto costituzionale statunitense, un criterio di controllo di legittimità delle leggi (in particolare penali) tradizionalmente ricondotto al *Due Process Clause*. Secondo la formulazione oggi prevalente nella giurisprudenza della Corte Suprema, una disposizione è incostituzionalmente vaga quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: (a) essa non fornisce a una *person of ordinary intelligence* un *fair notice* sufficiente circa le condotte vietate; oppure (b) è formulata in termini così privi di standard applicativi da autorizzare o incoraggiare forme di *arbitrary and discriminatory enforcement*. La dottrina, così intesa, mira dunque a garantire, da un lato, la prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dell'azione individuale e, dall'altro, a contenere l'ampiezza della discrezionalità attribuita agli organi dell'*enforcement* e al giudice nell'applicazione della norma. *cf.* E. M. SNODDON, *Clarifying Vagueness: Rethinking the Supreme Court's Vagueness Doctrine*, *University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 8, 2019, p. 2301–2353.

⁹⁸ La *overbreadth doctrine* – secondo la dottrina d'oltreoceano – costituisce un autonomo criterio di controllo di legittimità delle leggi che incidono sulle libertà garantite dal Primo Emendamento, elaborato in via pretoria al fine di prevenire effetti dissuasivi generalizzati sull'esercizio di attività costituzionalmente protette. Secondo l'impostazione prevalente, una disposizione è affetta da *overbreadth* quando, pur perseguendo fini legittimi e potendo trovare applicazioni costituzionalmente valide, estende la propria portata applicativa a una quantità significativa di condotte o espressioni protette, eccedendo quanto necessario per il conseguimento degli interessi pubblici sottesi alla disciplina. Il vizio non attiene alla chiarezza o intelligibilità del precetto, bensì alla sua eccessiva ampiezza, in quanto la norma, per come è strutturata, include indiscriminatamente comportamenti leciti e illeciti, scoraggiando *ex ante* l'esercizio di diritti fondamentali (*chilling effect*). Proprio in ragione di tale effetto deterrente sistemico, la *overbreadth doctrine* ammette, in deroga ai principi ordinari del sindacato applicativo e dello *standing*, la possibilità di contestazioni in via astratta (*facial challenges*), limitate tuttavia alle ipotesi di *substantial overbreadth*, ossia ai casi in cui l'incidenza della disposizione su attività costituzionalmente protette risulti qualitativamente e quantitativamente rilevante. *Cfr.* *The First Amendment Overbreadth Doctrine*, in *Harvard Law Review*, vol. 83, n. 4, 1970, p. 844–927.

violenza fisica; divieto di insulti o condotte denigratorie; obbligo di rispetto nelle comunicazioni ufficiali).

Viceversa, si prenda in analisi una diversa regola, rivolta agli stessi lavoratori: “nessuno può assentarsi dalla propria postazione senza aver prima ricevuto l’autorizzazione del *manager* addetto alla supervisione delle lavorazioni in corso”. In astratto, questa norma non presenta un problema di *vagueness*, ma la sua meccanica applicazione potrebbe risultare irragionevole e sproporzionata in rapporto a singoli contesti specifici, rispetto ai quali questa mal si “adatta”: si consideri l’ipotesi in cui il manager sia temporaneamente indisposto per un’improvvisa perdita di coscienza. Risulta così chiaro che, rispetto alle norme caratterizzate da *overbreadth*, si rende necessario operare una perimetrazione più specifica dell’ambito di applicazione, mediante esclusione delle ipotesi in cui questa si presenti manifestamente irragionevole o lesiva di interessi superiori.

Molto più spesso – a ben vedere – *vagueness* e *overbreadth* si sovrappongono. Si pensi alla disposizione del regolamento aziendale che reciti: “i dipendenti debbono gestire diligentemente e prudentemente la tenuta della documentazione aziendale”. In questo caso, vaghezza ed eccessiva ampiezza si intersecano: la vaghezza delle locuzioni “diligentemente” e “prudentemente” – unitamente all’ampio raggio applicativo della norma – generano un “*aura of deterrence*”, in grado di attingere non soltanto condotte certamente illecite, ma anche le contigue ordinarie attività – di certo utili all’impresa. Di conseguenza, tale incertezza è in grado di indurre i lavoratori a un’iper-accuratezza formale – rispetto a qualsiasi documento, anche quelli meno significativi – o a ritenere per errore obbligatorie prassi inutili e dispendiose, dando luogo sua volta a paralisi operative, rischio di ritardi nella gestione delle pratiche, intasamento dei processi, sottrazione di risorse alle mansioni produttive eccetera.

2. Il chilling effect come eccesso di general-prevenzione negativa

Svolte queste preliminari considerazioni, occorre pertanto inquadrare in definitiva il fenomeno del *chilling effect* nel quadro delle nostrane categorie penalistiche. Il richiamo fondante ad una questione di *overdeterrence*, già manifesto della *chilling effect doctrine*, consente di collocare il tema – senza eccessivi sforzi argomentativi – sul piano della general-prevenzione, della quale il fenomeno giuridico in esame costituisce, in sostanza, un eccesso, o un sovraffunzionamento, dovuto perlopiù a un “difetto” nella “voce” del legislatore penale.⁹⁹

⁹⁹ G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 163.

In altri termini, trasponendo la questione su un piano penalistico, il raffreddamento impone la necessità di integrare i principi tradizionalmente posti a fondamento della legittimazione general-preventiva delle opzioni di politica criminale – *in primis* di offensività, sussidiarietà/frammentarietà, proporzionalità-ragionevolezza e colpevolezza – mediante la considerazione dei diritti fondamentali ulteriori, diversi tanto da quelli specificamente presidiati dalla norma incriminatrice, quant’anche dalla libertà personale sulla quale essa per definizione incide, che possano risultare compromessi dallo spandersi dell’*aura of deterrence* ben oltre l’area della tipicità.

In questa prospettiva, i principali attori cui la *chilling effect doctrine* si rivolge sono, in primo luogo, il legislatore e, in secondo luogo, il giudice costituzionale. Al legislatore, in quanto essa impone la considerazione preliminare del rischio di raffreddamento di diritti fondamentali che possa conseguire dalle sue scelte di criminalizzazione, nonché di porlo in bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela per loro tramite perseguite. Al giudice costituzionale, in quanto ad egli spetta, correlativamente, il compito di verificare se siffatto bilanciamento sia stato correttamente svolto, nonché se esso abbia condotto – in definitiva – a esiti ragionevoli e costituzionalmente compatibili.

L’apporto concettuale del modello offerto dalla *chilling effect doctrine* sembra inoltre poter assumere un rilievo non indifferente nell’ambito degli oneri di interpretazione conforme anzitutto alla Costituzione, alla Cedu e al diritto dell’Unione europea, quali strumenti di risoluzione in via decentrata delle frizioni fra diritti fondamentali di rango costituzionale e legge penale. L’interpretazione conforme rappresenta infatti un canone ermeneutico cui il giudice comune deve ricorrere ancor prima di sollevare un eventuale incidente di costituzionalità, e il cui mancato esperimento può esser sanzionato dal giudice costituzionale per tramite di una dichiarazione di inammissibilità della questione.¹⁰⁰ In quest’ottica, ogni qual volta si dovessero prospettare più interpretazioni possibili in relazione ad una sola norma, la considerazione del *chilling effect* potrà offrire utili indicazioni in merito a quale di esse debba osservarsi, scegliendo – fra le altre possibili – l’unica che rappresenti un bilanciamento ragionevole tra il

¹⁰⁰ A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene editore, 2015; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 72 e s.

fine da essa perseguito e la limitazione dei diritti fondamentali “sollecitati” dall’opzione punitiva.¹⁰¹

Per converso, agli occhi di autorevole dottrina, appare utopistica l’idea secondo cui l’argomento del raffreddamento possa essere impiegato allo scopo di pervenire a una sua neutralizzazione in via meramente applicativa, segnatamente ad opera dell’attività interpretativa “creativa” del giudice ordinario, anche di legittimità. E ciò per un triplice ordine di ragioni.¹⁰²

In primo luogo, il *chilling effect* si produce già solo per la paura del procedimento, a fronte della mera previsione astratta di una fattispecie affetta da *vagueness* e/o *overbreadth*. Pertanto – come si è ampiamente argomentato – è del tutto irrilevante che al termine del processo intervenga infine l’assoluzione. In secondo luogo, è altrettanto evidente come – anche a volersi focalizzare sul momento applicativo, sulla scorta del modello tedesco – rimarrebbe pur sempre vero che l’impiego del *chilling effect* quale argomento a supporto di un autoindotto *self-restraint* giurisprudenziale, sarebbe pur sempre rimesso alla libera discrezionalità di chi interpreta, ed in ultima istanza, alla sensibilità del singolo giudice.¹⁰³ Infine, occorre prendere atto del dato empirico per il quale sovente sia stata proprio la giurisprudenza ordinaria – spesso di legittimità – ad aver nel tempo manifestato tendenze opposte¹⁰⁴, tanto da esser stata menzionata dalla Consulta – nella già citata sentenza n. 8 del 2022 – quale principale causa della cd. “paura della firma”.¹⁰⁵

¹⁰¹ Diffusamente N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 327. Nello stesso senso anche

¹⁰² G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali*, op. cit., p. 133.

¹⁰³ Lo sottolinea N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, op. cit., p. 340, secondo il quale «Se sussiste un diritto fondamentale del singolo costituzionalmente tutelato, il suo esercizio non può sembrare [...] frutto di una concessione discrezionale e precaria del singolo giudice, avvolto in una “penombra di legalità”».

¹⁰⁴ Cfr. A. CADOPPI, *Strategie di contenimento della overcriminalization giurisprudenziale*, in G. Cocco, *L’interpretazione per un giudice liberale*, 1^a ed., CEDAM, Padova, 2025, p. 143 e s.

¹⁰⁵ L’idea per la quale il *chilling effect* possa costituire un valido dispositivo concettuale, utile a delimitare in via interpretativa gli eccessi di elasticità testuale (ovvero, *vulnera* di tassatività) delle norme penali, con particolare riferimento a quelle che siano strutturate innestandosi su attività a contesto lecito di base, è stata recentemente esplorata da V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 315, n. 6, 2018, p. 2222 e s. Secondo questa *diversion* italiana del modello – sicuramente ispirata dalle numerose pronunzie EDU relative all’art. 7 della medesima convenzione (ovvero, al principio *nullum crimen sine lege*) – sarebbe proprio la stessa giurisprudenza di legittimità, nella sua attività applicativa, mossa da una capacità correttiva ed autocorrettiva – nonché, prima ancora, da una volontà condivisa – a dover adottare un approccio esegetico tipizzante e tassativizzante delle norme incriminatrici. Ciò, secondo tale impostazione, dovrebbe far sì che – ogni qual volta il giudice riconosca il rischio che il ragionamento giudiziale, proposto a sostegno della sussistenza di penale responsabilità, possa riecheggiare i tratti dell’analogia *in malam partem* – egli debba

Al contrario, ai fini di circoscrivere al massimo il dispiegarsi del *chilling effect*, sembrerebbe più opportuna una massiva revoca (ovvero, laddove ciò non fosse possibile, una drastica riduzione) delle “deleghe di politica criminale” all’attività “creativa” della giurisprudenza, essendo di gran lunga preferibile, al cospetto di sospettata illegittimità (per *overdeterrence*) delle scelte legislative (o di specifiche opzioni ermeneutiche), il rinvio delle stesse alla Corte costituzionale. Ciò, se non altro, in relazione alla capacità che solo quest’ultima possiede di fornire soluzioni valide *erga omnes* in grado di eliminare qualsiasi rischio di disomogeneità applicativa.¹⁰⁶

3. *Chilling effect* e gestione del rischio lavorativo

Le considerazioni fin qui svolte consentono ora di chiarire le ragioni per le quali si è ritenuto utile impiegare la cornice concettuale offerta dalla *chilling effect doctrine* per l’analisi critica della tutela penale del vigente sistema di prevenzione e protezione dal rischio lavorativo.

Anzitutto, si tratta di una materia che incide profondamente su una pluralità di libertà e diritti costituzionalmente garantiti: la tutela del lavoratore contro gli infortuni e le malattie professionali, anche per tramite il ricorso diffuso alla sanzione penale, trova infatti al contempo la propria legittimazione ed il proprio limite nell’ambito della stessa Carta costituzionale. Da un lato vi è l’imprenditore, investito di una estesissima posizione di garanzia, avente ad oggetto la corretta gestione del rischio inerente allo svolgimento della sua attività economica; dall’altro, il lavoratore, fragile ingranaggio di una “macchina” su cui egli non può aver nessun controllo,

considerare detto ragionamento come effettivamente analogico, astenendosi perciò dall’applicarlo *contra reum* (“*in dubio pro analogia et abstine*”). Il richiamo ad un criterio di interpretazione “stretta” è infatti costante nella consolidata giurisprudenza della Corte europea, che non si limita a bandire forme di applicazione analogica della norma penale, ma esclude che la stessa interpretazione estensiva possa dirsi compatibile con le istanze di legalità convenzionale, volte loro volta ad assicurare alla garanzia ex art. 7 una protezione “effettiva e concreta” e non “teorica ed illusoria”. (cfr. *ex multis* C. edu, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*; 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*; 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Turchia*). Nello stesso senso, seppur non escludendo in radice la possibilità di operare interpretazioni estensive della norma penale, si veda anche: DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, p. 63.

¹⁰⁶ Di simile avviso anche M. GALLI, *Gli effetti “collaterali” delle scelte di criminalizzazione*, op. cit., p. 62, anche se l’illustre Autrice sottolinea l’opportunità che il giudice penale – quale soggetto sempre più partecipe nella definizione degli orientamenti di politica-criminale – adotti un approccio che valorizzi anche i risvolti pratici che le sue decisioni possano comportare: «[...] gli effetti pratici delle norme penali dipendono grandemente da come esse sono interpretate e applicate dai giudici e, dunque, proprio la considerazione delle conseguenze in sede giudiziale appare elemento essenziale affinché i risultati desiderati dal legislatore siano conseguiti e gli effetti negativi evitati».

titolare di beni di primaria importanza – *in primis* il diritto alla vita e alla salute – costantemente esposti a quello stesso rischio che il datore è chiamato a cautelare.¹⁰⁷

Questa dinamica asimmetrica – che si sostanzia in un regime di tutele differenziate – è riconosciuto e sancito dalla nostra Costituzione. Ciò in quanto, in essa, il lavoro è posto in rapporto al progresso materiale e spirituale della società (art. 4, c. 2° Cost.), e in tal senso a fondamento della Repubblica (art. 1, c. 1° Cost.), chiamata ad adoperarsi per garantirne un ruolo di effettivo protagonismo nell'organizzazione del Paese (art. 3, c. 2° Cost.); ma il lavoro è altresì attributo essenziale della personalità umana (art. 2 Cost.) e, nella sua dimensione individuale, un vero e proprio diritto (art. 4, c. 1° Cost.). L'art. 35 Cost., che significativamente apre il titolo dedicato ai “Rapporti economici”, così come pure gli articoli che seguono, riafferma questo principio di massima estensione della nozione di lavoro e della sua tutela.¹⁰⁸

Ma la preminenza del lavoro tende ad assolutizzarsi laddove entrino in gioco la vita e la salute – intesa in senso lato – del lavoratore. L'art. 41 Cost., nell'affermare al 1° comma la libertà dell'iniziativa economica privata, al comma 2° pone un principio altrettanto netto e generalizzato: essa infatti «*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». Specularmente, l'art. 32 Cost. qualifica la salute «*come fondamentale diritto della persona e interesse della collettività*». Laddove vi sia la necessità di bilanciamento fra questi due beni di rilevanza costituzionale, nei casi in cui essi entrino in conflitto, sembrerebbe proprio la stessa costituzione a risolverlo a favore di quest'ultima.¹⁰⁹

Questa preminenza si è tradotta anzitutto nel carattere iper-cautelare della disciplina prevista in materia di salute e sicurezza sul lavoro, principalmente oggi racchiusa nel d.lgs. 81/2008, nonché nell'ampliamento progressivo dell'obbligazione prevenzionistica datoriale, il cui oggetto è ancora efficacemente condensato nel disposto dell'art. 2087 c.c.: l'imprenditore è infatti 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.

¹⁰⁷ F. A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in A. MANNA (a cura di) *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, CEDAM, Padova, 2023, p. 4.

¹⁰⁸ F. A. SIENA, *Principi costituzionali*, op. ult. cit., p. 12.

¹⁰⁹ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 1-78; D. PULITANO, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. Pen.*, 2, 2006.

Al fine di presidiare l'effettività dell'obbligazione prevenzionistica datoriale, il legislatore si è largamente servito dell'arma penale, potendosi individuare una tutela a tre livelli: l'anticipazione massima della risposta penalistica è rappresentata dalle numerose fattispecie contravvenzionali di pericolo presunto e di mera condotta, quasi del tutto contenute nell'ambito del TUSL; dall'altro lato, le classiche fattispecie codicistiche di danno e d'evento costituite dai delitti di omicidio e lesioni colpose. In via intermedia si posizionano le fattispecie di comune pericolo disciplinate dagli artt. 437, 434, 449 e 451 c.p.

Tuttavia, in termini di efficacia general-preventiva delle fattispecie di cui sopra, occorre constatare come, a detta di autorevolissima dottrina¹¹⁰ – avvallata da numerosi studi empirici condotti in tal senso¹¹¹ – si debba ritenere come i controlli *ex ante* – svolti da parte dello stato ed i suoi organismi – siano stati, e siano tutt'ora, del tutto insufficienti. Le fattispecie di pericolo presunto trovano pertanto scarsissima applicazione, e di conseguenza, il vero e proprio baricentro della tutela penalistica sembra spostarsi a valle, in un momento in cui il danno s'è già consumato.

Gli adempimenti previsti dal d.lgs. 81/2008 – in questo quadro – vengono sovente percepiti come un mero adempimento burocratico.¹¹² Il dato è confermato dall'altissimo tasso di irregolarità accertate in sede di accesso degli ispettori del lavoro in materia di sicurezza: a fronte di 46.993 ispezioni avviate, la percentuale d'irregolarità s'è attestata infatti all'84,4% nel 2024.¹¹³

Insomma, viene da interrogarsi sul significato da attribuirsi a quest'ultimo dato: l'elevatissima incidenza di irregolarità riscontrate potrebbe anche dipendere dall'indeterminatezza e dall'eccessiva ampiezza dell'obbligazione prevenzionistica datoriale.

¹¹⁰ *Ex multis*, G. M. FLICK, *Prevenzione o repressione?*, in *Cass. Pen.*, 2, 2025, p. 356;

¹¹¹ R. ORLANDI, L. LODI, M. CASELLI, *Risultati della ricerca*, in *La dimensione dinamica della salute e sicurezza sul lavoro nel contesto locale. Sistemi produttivi, modelli di prevenzione e profili penali*, (a cura di) L. FOFFANI, G. PELLACCIANI, R. ORLANDI, L. LODI, Giappichelli, Torino, 2024, p. 83. A fronte di un *pool* di 41 imprese intervistate, alla domanda “negli ultimi cinque anni, quante ispezioni in materia di igiene e sicurezza sul lavoro ci sono state nella Sua azienda da parte degli organi di vigilanza?” le risposte sono state: per il 39% da 1 a 3; per il 9,8 % da 4 a 6; per il 9,8% più di 6; mentre – e il dato è significativo – per il 43,9% nessun controllo.

¹¹² R. ORLANDI, L. LODI, M. CASELLI, *Risultati della ricerca*, op. cit., p. 81 «*Il numero impressionante di infortuni [delle 41 aziende intervistate, l'80,5% rispondeva positivamente alla domanda se nei 5 anni precedenti all'intervista si fossero verificati infortuni] denota un approccio al tema della salute e della sicurezza sul lavoro da parte delle aziende di tipo fatalistico, pur nel rispetto formale della normativa di settore*».

¹¹³ *Cfr.* rapporto della Corte dei conti, Deliberazione 11 giugno 2025, n. 44/2025/G, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, intitolato “*L'attività di vigilanza infortunistica dell'Ispettorato nazionale del lavoro*”, p. 105 e s.

Fattori che, sul piano pratico, si riverberano – mettendole a dura prova – sulle categorie dogmatiche “di parte generale” che guidano l’imputazione dei reati d’evento naturalistico di omicidio e lesioni realizzatisi in conseguenza dell’inadempimento dell’obbligazione stessa, prime fra tutte: causalità materiale (artt. 40 e 41 c.p.), colpa (art. 43, c. 3° c.p.) e posizione di garanzia (art. 40 cpv c.p.). In altre parole, se l’apparato contravvenzionale posto a presidio della “prevenzione primaria” è scarsamente effettivo, la pressione deterrente del sistema tende a concentrarsi nei delitti d’evento. Ne segue che la funzione orientativa in positivo delle incriminazioni risulta depotenziata: l’intervento penale opera soprattutto a valle, tramite imputazioni per eventi ormai occorsi, spesso ricostruite *ex post* sulla logica del “senno di poi” e percepite, perciò, come difficilmente prevedibili *ex ante*.

Si è detto come il *chilling effect* si espliciti laddove possano ravvisarsi profili di *vagueness* e/o *overbreadth* delle norme incriminatrici, laddove l’indeterminatezza o l’eccessiva ampiezza delle stesse possa comportare il loro “sconfinamento” – attingendo l’esercizio di libertà costituzionalmente garantite. Verrebbe *prima facie* da ipotizzare che, in relazione alla materia di cui si tratta, il diritto costituzionalmente garantito, pericolosamente confinante con le suddette incriminazioni, sia esclusivamente la libertà d’iniziativa economica privata. In realtà, riprendendo l’idea della pena come “arma a doppio taglio”, viene al contempo in rilievo la necessità di includere nell’ambito dei diritti a rischio di “congelamento” pure il bene giuridico della libertà personale, qualificata *ex art. 13 Cost.* quale diritto inviolabile della persona.

In altri termini, poiché si è qui proposto di inquadrare il *chilling effect* quale violazione in concreto dei principi posti a presidio della legittimazione general-preventiva della pena, occorre valutare se ed in quanto profili di *vagueness* e/o *overbreadth* delle norme incriminatrici o della disciplina *extra*-penale che vale ad integrarne il precetto, possano causare un simile effetto. Agli occhi di chi scrive, fra i summenzionati principi, è proprio quello di responsabilità per fatto proprio e colpevole a venir per primo in considerazione.

La capacità che una norma penale possiede di “orientare” le scelte di comportamento dei consociati, motivandoli, dipende infatti – oltre che dalla loro chiarezza nella descrizione dei fatti incriminati – anche dalla circostanza che quest’ultimi siano materialmente in grado di conformarsi al precetto. In altre parole, non avrebbe senso minacciare la pena per distogliere il destinatario da comportamenti che giacciono al di fuori della sua sfera di controllo.¹¹⁴ Obblighi

¹¹⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, Tredicesima edizione*, GIUFFRÈ, Milano, 2024, p. 12 s.

di garanzia/diligenza tarati su *standards* eccessivamente elevati e/o dall'oggetto eccessivamente ampio, anche laddove fossero precisamente definiti, rischiano – nei fatti – di divenire impossibili da adempiere, con la conseguenza di generare *de facto* delle responsabilità automatiche di posizione per coloro i quali siano da essi gravati. Per di più, laddove siffatti obblighi vengano previsti in relazione a contesti/attività a base lecita, qual è per certo l'esercizio di attività economica imprenditoriale, l'effetto che ne risulterà sarà di generica dissuasione, tuttavia, non già rispetto alla tenuta dei comportamenti penalmente illeciti, ma bensì rispetto all'attività tutta sulla quale la fattispecie s'innesta, instillando una patologica propensione dei destinatari del precetto a rifuggire dal ruolo a cui tali obblighi impossibili sono ricollegati, ovvero a rinunciare del tutto al compimento dell'attività stessa – con tutti gli effetti “collaterali” negativi in termini di livelli occupazionali (art. 4 Cost.).

3.1. Lo standard della “massima sicurezza possibile” e l'obbligo di valutazione dei rischi

Ebbene, in relazione alle considerazioni poc'anzi svolte in relazione al quadro assiologico entro il quale la libertà d'impresa può legittimamente svolgersi, lo *standard* di diligenza richiesto al datore di lavoro nell'adempimento a siffatta obbligazione è stato interpretato in termini di “massima sicurezza tecnologicamente possibile”.¹¹⁵

Tale principio rappresenta la trasposizione – nella dinamica intersoggettiva – del divieto costituzionale di rimettere la sicurezza sul lavoro a valutazioni costi-benefici, o, detto altrimenti, di sottoporre a un possibile bilanciamento l'interesse economico dell'impresa a ridurre al minimo i costi e quello del lavoratore e della collettività, a mente dell'art. 32, c. 1° Cost., a non vedere compromessa la propria integrità fisica.¹¹⁶ Si tratta – come ben si può intendere – di uno *standard* particolarmente elevato, il quale, a detta di molti, specie se impiegato nel “riempimento” ermeneutico degli elementi normativi “colpa” (art. 43 c. 3° c.p.) e “posizione di garanzia” (art. 40 cpv c.p.) ai fini della valutazione della responsabilità penale datoriale, rischia di esigere dal datore di lavoro un dovere irrealizzabile, dando luogo a

¹¹⁵ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento alle regole di diligenza*, in *riv. It. di Dir. e Proc. Pen.*, 2005, p. 42. «Quando [...] sono in gioco i beni della vita e della salute fisica o psichica [...] all'analisi costi/benefici va detto no»

¹¹⁶ F.A. SIENA, *Principi costituzionali*, op. ult. cit., p. 13.

meccanismi d'imputazione automatica in aperto contrasto con il principio di responsabilità per fatto proprio e colpevole.¹¹⁷

Il contenuto dell'obbligazione prevenzionistica datoriale viene poi ulteriormente arricchito dall'autonormazione imposta al datore di lavoro: attraverso il modello del *risk assesment* e *risk management*, si cerca di garantire una maggiore partecipazione politica dei cd. *stakeholders*, sperimentando un nuovo modello normativo “decentrato” o di *responsive law*, per rispondere alla fondamentale esigenza di dare adeguata rappresentazione ai vari interessi coinvolti e per adeguare le cautele alle peculiarità di ciascun contesto produttivo.¹¹⁸ L'idea è quella di sfruttare le potenzialità autonormative del privato – convogliandole “dall'esterno” di modo che queste rispondano a finalità *latu sensu* “sociali” – per affrontare, in collaborazione con le istituzioni pubbliche, il nugolo dei rischi sprigionato dalla crescente complessità della realtà socioeconomica e della vertiginosa evoluzione tecnologica.¹¹⁹

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 626/1994, d'ispirazione eurounitaria, e poi con il successivo d.lgs. 81/2008, la materia della salute e sicurezza sul lavoro ha infatti rappresentato uno dei primi e principali esempi di co-regolazione del rischio, divenendo così il terreno elettivo della partnership pubblico-privato, risultante dalla previsione di un pregnante obbligo autopoietico datoriale corredato da sanzione contravvenzionale in caso di mancato adempimento (ora prevista dall'art. 55, c. 1, lett. a del d.lgs. 81/2008). La mutevolezza e multiformità dei rischi incombenti sulla salute e sicurezza dei lavoratori, nonché l'insopprimibile esigenza di adeguamento delle misure di prevenzione e protezione ad ogni specifica realtà aziendale e lavorativa in genere, giustificano questa scelta: il riferimento

¹¹⁷ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 23 e s.; nello stesso senso cfr. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 24 e s.

¹¹⁸ (cfr. G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Blackwell Publishers, 1993) si tratta di una concezione, quella Teubneriana, di regolazione decentrata o “riflessiva”, basata sua volta sulla teoria sociologica autopoietica di V. N. LUHMANN, secondo la quale la regolazione mediante norme giuridiche (pubbliche) non può e non deve soppiantare, conculcare od assorbire i criteri comunicativi ed i meccanismi di organizzazione e risoluzione dei conflitti sociali tipici di altri sub-sistemi sociali. Più nello specifico, il diritto riflessivo (*reflexive law*) sarebbe in grado di rispondere al crescente “bisogno di regolazione”, imposto sua volta dalla sempre maggiore disomogeneità della società moderna, sempre più complessa ed *extra-territoriale*. Preso atto dell'incapacità di regolare “dall'interno” le varie aree sociali autopoietiche, dovrebbe operare secondo una logica di “legittimazione procedurale”, limitandosi a facilitare e razionalizzare la “riflessione” interna a ciascun sistema sociale apponendo obblighi procedurali ed organizzativi funzionali alla formazione – entro ciascun sub-sistema sociale – di un contesto idoneo alla valutazione e composizione degli interessi sociali contrastanti, in modo da ottimizzare l'autoregolazione di ogni sotto-sistema differenziato, in rapporto sia alle proprie criticità interne sia pure alle esigenze provenienti dall'ambiente esterno.

¹¹⁹ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. cit., p. 35.

necessario alle caratteristiche del singolo contesto produttivo ed economico, e dunque l'integrazione del deficit informativo del legislatore sui fattori di rischio e sulle tecniche per gestirlo, non può che passare dal coinvolgimento del privato.¹²⁰

L'attività imposta al datore di lavoro – a seguito della preventiva identificazione e “valutazione di tutti i rischi” per la salute e sicurezza dei lavoratori – si traduce poi nella configurazione di specifiche misure di azzeramento o minimizzazione dei rischi, nonché delle specifiche procedure atte a garantirne l'applicazione e il miglioramento nel tempo: in sostanza, vengono individuate regole cautelari proprie, improprie e cautelative, queste ultime volte a una corretta identificazione e attuazione delle prime.¹²¹ Un'attività di produttiva di discipline *latu sensu* cautelari che vengono recepite e riconosciute dall'ordinamento statale nei propri tipi legali, sia penali (ad es. ai sensi dell'art. 43 c. 3° e 40 cpv. c.p.) che *extra*-penali (ad es. tramite la clausola generale della “diligenza del prestatore di lavoro” ex art. 2104 c.c.), assumendo un indiscusso rilievo nell'accertamento della responsabilità penale datoriale, specie avuto riguardo ai reati omissivi impropri ed ai reati colposi d'evento.¹²²

Questa attività autopoietica, come si diceva, è stata oggetto di aspre critiche. I criteri che il legislatore stabilisce *ex ante* per orientare il processo autonormativo non possono infatti che caratterizzarsi per una certa astrattezza e indeterminatezza, lasciando agli enti autonormativi il compito di definire le regole più idonee a perseguire gli obiettivi di prevenzione: la discrezionalità nello svolgimento dell'attività di valutazione preventiva dei rischi e nell'apprestamento delle cautele, specie in assenza di opportune linee-guida, rimane pertanto amplissima.¹²³

Una discrezionalità che – specie se posta in relazione all'importanza dei beni che essa mira a presidiare – normalmente dovrebbe essere esercitata da chi sia «*preposto a stabilire norme e leggi*». Al contrario, la sua traslazione in capo al privato, data l'inevitabile indeterminatezza dei criteri predeterminati dal legislatore, rischia di esporre il datore a valutazioni giudiziali mosse dal senno di poi (*post hoc propter hoc*), dando luogo ad un «*inammissibile opera di flessibilizzazione del diritto penale*». In altre parole, come ebbe modo

¹²⁰ D. BIANCHI, *ibidem*, p. 117.

¹²¹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie”*, CEDAM, Padova, 2003. La differenza fra le due tipologie riposa nel fatto che quelle “proprie” sono tali in quanto in grado di azzerare il rischio che queste mirano a cautelare, mentre le “improprie” sono idonee solo a ridurlo, ma non a neutralizzarlo.

¹²² D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 93 e s.

¹²³ D. BIANCHI, *op. ult. cit.*, p. 342.

di notare Federico Stella all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994, «una volta verificatosi un incidente sul lavoro o un danno alla salute dei lavoratori, gli organi cui spetta la promozione dell'azione penale possono essere indotti ad appagare le attese di giustizia dei parenti delle vittime e dell'opinione pubblica proprio utilizzando il grimaldello della valutazione del rischio: sarà così chiamato a rispondere di omicidio o di lesioni colpose o di disastro colposo il datore di lavoro che doveva valutare il rischio. Quasi scontato l'esito del processo penale: ex post la valutazione del rischio sarà, come già dimostra la prassi giurisprudenziale, ritenuta insufficiente dal giudice per definizione, o - per aggiungere le beffe ai danni - insufficiente rispetto agli standard delle linee-guida delle agenzie amministrative americane, definite lo "stato dell'arte"». ¹²⁴

Il d.lgs. 81/2008 ha delineato una procedura articolata di valutazione dei rischi e di redazione del relativo documento, centrata sugli artt. 17, 28 e 29 T.U., oltre che sull'elenco delle misure generali di tutela di cui all'art. 15. Tale procedimentalizzazione attenua, ma non elimina, i problemi di determinatezza segnalati dalla dottrina: la valutazione del rischio resta un'attività fortemente contestuale, esposta al pericolo di giudizi ex post e di integrazioni giudiziali fondate sul senno di poi. Né può ritenersi che il riferimento dell'art. 18, comma 1, lett. q), alla salute della popolazione e all'ambiente esterno trasformi, di per sé, l'obbligo prevenzionistico in una clausola generale di tutela indistinta dell'esterno: de iure condito, il nucleo dell'obbligo di valutazione del rischio rimane circoscritto alla salute e alla sicurezza dei lavoratori, salva la tutela dei terzi che vengano a trovarsi nella medesima area di esposizione al rischio lavorativo. ¹²⁵

Occorre, tuttavia, constatare che l'atteggiamento della giurisprudenza, anche di legittimità, tenda spesso a prenderne in considerazione i prodotti – specialmente nell'ambito dei processi relativi ai reati di omicidio/lesioni – solo per rispondere a finalità “accusatorie”, consistenti alternativamente nella necessità di dimostrare talora l'inadeguatezza delle misure apprestate in concreto, ovvero nell'innalzamento dello *standard* di diligenza esigibile – specie a fronte di autonormazione “cosmetica” – rispetto a quello tradizionalmente idoneo a fondare un rimprovero di colpa generica.

¹²⁴ F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. It. dir. e proc. Pen.*, fasc. 1-2, 2003, p. 55.

¹²⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il disastro ferroviario di Viareggio*, in *Discrimen*, 2022, spec. p. 9 ss.; A. SAVARINO, *Posizione di garanzia datoriale e gestione del rischio lavorativo tra ambiente interno ed esterno all'impresa: profili penali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2, 2024, spec. p. 230 ss.

Segnatamente, in relazione al primo dei summenzionati impieghi, occorre segnalare come – secondo un indirizzo consolidatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità¹²⁶ – norme cautelari di “colpa specifica” – ossia “positivizzate” tramite le leggi e i regolamenti dello stato, ovvero dalle “discipline” autonormate dal datore stesso – debbono necessariamente cedere il passo, ovvero essere “integrate”, da regole ulteriori e diverse, desunte appunto dalle migliori conoscenze scientifiche generalmente acquisite e dalle migliori tecnologie disponibili sul mercato, laddove quelle espressamente iscritte *in primis* nel documento di valutazione dei rischi non siano effettive ovvero non rispondano al migliore *standard* della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”. Tutto ciò, com’è evidente, contribuisce ad avvallare l’idea per la quale gli adempimenti prescritti ai fini della prevenzione primaria non siano nient’altro che un adempimento burocratico, non in grado per certo di “rassicurare” gli imprenditori in merito alla liceità della propria attività.

Per converso, è evidente notare come – al fine di realizzare una tutela a tutto tondo dei beni giuridici fondamentali sottesi alla disciplina in esame – una certa dose d’incertezza è obbligatoria: la continua evoluzione delle tecniche produttive, dell’organizzazione del lavoro, del progredire del sapere tecnico-scientifico e la necessità di intercettare e neutralizzare o ridurre al minimo possibile i rischi specifici di ciascuna realtà aziendale la impongono. Ne consegue che, le regole cautelari di colpa specifica richiamate dall’elemento normativo “colpa”, secondo l’opinione prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, consistendo in “schemi di comportamento finalizzati alla riduzione o alla eliminazione del rischio di verificazione di una certa classe di eventi”, sono valide e recepibili ai fini della valutazione di penale responsabilità, se ed in quanto esse siano idonee in concreto a prevenire tali eventi.¹²⁷ A tal proposito, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si sono pronunciate nella nota sentenza Thyssenkrupp (n. 38343/2014, p. 83), affermando che, con riferimento alla mancata individuazione del rischio specifico di *flash fire* nel relativo documento di valutazione dei rischi e alla conseguente assenza di adeguate misure di prevenzione e protezione presso lo stabilimento in Torino, l’obbligo giuridico di tale individuazione deriva non solo da un precetto normativo, ma anche dal «sapere scientifico e tecnologico che costituisce il vero nucleo attuale della disciplina in materia di prevenzione». In altre parole, l’identificazione delle misure di prevenzione e protezione obbligatorie per legge – utili ai fini dell’accertamento dell’elemento soggettivo colposo –

¹²⁶ Ex multis cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 20 ottobre 2022, sent. n. 39615

¹²⁷ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Torino, 2009, p. 284 e 286.

rappresenta un processo necessariamente dinamico, finalizzato alla salvaguardia dell'integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, tenendo conto delle specificità dell'attività svolta, dell'esperienza maturata e degli sviluppi più recenti in ambito tecnico-scientifico, indipendentemente dalla loro formalizzazione in norme di colpa specifica o in obblighi normativi espressi.

Riconosciuta questa ineluttabile necessità di “flessibilizzazione” ed “apertura” della disciplina di cui si tratta, occorre pure improntare tale irriducibile dinamicità della stessa a *standard* conformi al principio di proporzionalità-ragionevolezza, tenendo conto perciò anche del *chilling effect* che possa derivare dall'impiego di criteri eccessivamente severi, non potendosi di certo configurare in capo al datore di lavoro l'onere di garantire un ambiente lavorativo a “rischio zero”. Diversamente, si configurerebbe una forma di responsabilità oggettiva, soluzione non compatibile con i meccanismi che guidano l'imputazione penale, nell'ambito della quale l'art. 27 c. 1° della Costituzione – così come interpretato dalla Consulta – impone che il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, debba necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica.¹²⁸

3.2. La problematica della ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza - principio di effettività e delega di funzioni

Un ulteriore fronte ove, ad avviso di chi scrive, possono ravvisarsi diversi profili di *vagueness* e/o *overbreadth*, con conseguente rischio di “raffreddamento”, è costituito dalle norme che disciplinano le modalità di ripartizione inter-soggettiva del debito di sicurezza. Il sistema della sicurezza del lavoro, difatti, è tradizionalmente fondato su diverse figure di garanti che incarnano distinte funzioni e diversi livelli di responsabilità organizzativa e gestionale.¹²⁹ L'analisi dei ruoli e delle responsabilità dei vari attori della prevenzione viene pertanto tematizzata entro la categoria giuridica della “posizione di garanzia”, ma con un significato più ampio di quello che tradizionalmente assume *ex art. 40 cpv c.p.*: il termine “garante” vale infatti ad indicare un soggetto qualificato per legge quale gestore di un rischio, in quanto dotato delle necessarie competenze e poteri.¹³⁰

¹²⁸ Corte Cost. sent. n. 364/1988.

¹²⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 28.

¹³⁰ Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, p. 102 s.; nello stesso senso si veda pure Cass., Sez. IV penale, 8 gennaio 2021, n. 32899;

Il d.lgs. 81/2008 (d'ora dinnanzi, TUSL) ha per la prima volta compiutamente definito, in maniera assai articolata, il novero di poteri-doveri che valgono a identificare in astratto le summenzionate figure: le definizioni designano grandi contenitori concettuali che subiscono specificazioni in relazione a diversi fattori (ad es. settore di attività, la conformazione giuridica dell'azienda, la sua concreta organizzazione, le sue dimensioni), da valutarsi in concreto rispetto a ciascun singolo caso: da un lato le categorie giuridiche, i modelli di agenti, dall'altro i concreti ruoli esercitati da ciascuno.¹³¹

Tradizionalmente – com'è noto – i reati omissivi, in quanto impongono al soggetto di agire in una determinata direzione, comportano una forte limitazione della libertà personale: un ordinamento liberale dovrebbe infatti prediligere reati di azione, nei quali il precetto consiste in un divieto, poiché è molto più agevole perimetrare nettamente gli spazi di libertà rispetto a divieti piuttosto che doveri positivi. In altre parole, il cittadino dovrebbe essere “libero” tranne rispetto a tutto ciò che gli sia vietato espressamente dalla legge, non viceversa.¹³²

A ciò si aggiunga poi che l'individuazione del “fatto” nei reati omissivi impropri sconta un connaturato *deficit* di precisione sia per quel che concerne l'esatta perimetrazione – oggettiva e soggettiva – dell'obbligo giuridico di impedire l'evento (in altre parole, chi è onerato e rispetto a quali rischi deve attivarsi), sia pure in relazione all'individuazione della condotta alternativa lecita “salvifica”, modellata sulla base della disciplina cautelare rilevante da una prospettiva *ex ante*. Il tema, come accennato poc'anzi, è in realtà trasversale, attingendo inoltre l'accertamento dei reati commissivi, in quanto si ripropone pure sul piano della cd. “dimensione oggettiva” della colpa, e quindi, sul piano della tipicità colposa. In altre parole, tanto nelle fattispecie commissive che in quelle omissive, si pone il problema di individuare il garante responsabile in ragione della sua sfera di competenza, nonché di ricostruire la condotta da egli esigibile (*rectius*, le modalità d'azione prescrittagli dall'ordinamento) in funzione della posizione rivestita in concreto e delle regole cautelari applicabili.

Uno dei problemi più significativi, già noto al dibattito teoretico relativo al *topos* della “posizione di garanzia”, è rappresentato dall'individuazione di quali possano essere le fonti della stessa. Nel tempo si sono prospettate tre diverse teorie: la teoria formalistica, propria della dottrina e giurisprudenza italiana più risalente, che muovendo dal postulato dell'eccezionalità

¹³¹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 30.

¹³² *ex multis*: F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, Fasc. 2, 2001, p. 337;

della responsabilità omissiva, richiede l'espressa previsione dell'obbligo d'agire da parti di fonti giuridiche formali, individuabili nella legge (penale e extrapenale) e nel contratto; la teoria sostanzialistico-funzionale, che muovendo dalla necessità di valorizzare la funzione solidaristica della tutela "rafforzata" di beni giuridici, individua la fonte della posizione di garanzia non già sulla base di criteri formali, ma bensì in ragione della posizione fattuale di garanzia (cd. "presa in carico") del bene assunta in concreto da specifici soggetti, essa sostanziandosi in un rapporto di tutela "ravvicinato" – d'affidamento – tra il bene ed il suo garante; La concezione eclettica o mista, che muovendo dalla necessità di operare una sintesi fra criterio formale e funzionale, ritiene che la selezione degli obblighi di garanzia vada effettuata sulla duplice base della loro previsione in una fonte formale e della loro corrispondenza alla funzione sostanziale di garanzia, come sopra indicata.¹³³

Il legislatore del 2008 ha optato per la positivizzazione di quest'ultimo criterio, enunciandolo espressamente sia per tramite delle definizioni relative alle singole figure di garante, contenute nell'ambito dell'art. 2, c. 1° TUSL¹³⁴, sia pure tramite la clausola generale di cui all'art. 299, a mente della quale *«le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»*.

Tuttavia, se è certo che la positivizzazione del principio di effettività abbia avuto l'indubbio merito di valorizzare il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole, permettendo la "compartimentalizzazione" di rispettive sfere di competenza entro le quali ciascun soggetto può esser tenuto a rispondere, il permanere di "appigli" formalistici nell'ambito delle singole definizioni impedisce che la "mancata presa in carico" del bene da

¹³³ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc.2, 2001, p. 337 e s.

¹³⁴ Art. 2, 1° c. – "definizioni": *«Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per: [...] b) "datore di lavoro": il 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. [...]; d) "dirigente": 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 su di essa; [...] e) "preposto": persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa;»*

parte del soggetto, pur formalmente investito del ruolo di garanzia, possa fin da subito portare ad escludere la sua penale responsabilità.¹³⁵

Più nello specifico, il problema si pone con peculiare cogenza nell'ambito delle cd. organizzazioni complesse, ove i sistemi di produzione ed organizzazione del lavoro unitari e verticali sono affiancati da forme di integrazione caratterizzate dalla suddivisione dell'attività complessiva e della ripartizione dei suoi segmenti tra una pluralità di soggetti giuridici tra di loro a vario titolo legati.¹³⁶

In questi scenari, il datore di lavoro “di vertice” – titolare dell'azienda ampiamente intesa ex art. 2555 c.c. – ed i datori di lavoro “periferici” – titolari di autonomi poteri decisionali e di spesa in seno alla stessa – proprio per effetto della tecnica funzionalista, possono dover condividere – senza una chiara distinzione – l'obbligazione prevenzionistica e le correlate responsabilità. Di conseguenza, come autorevole dottrina ha avuto modo di osservare, sebbene l'identificazione funzionalistica persegua – almeno in linea teorica – importantissime finalità di identificazione puntuale del soggetto obbligato e di determinazione dei suoi obblighi, prioritarie rispetto a quelle meramente sanzionatorie, proprio queste ultime hanno spesso finito per prevalere.

In altre parole, la tecnica funzionalistica adottata per l'imputazione dei doveri prevenzionistici – a partire dalla previsione civilistica dell'art. 2087 c.c. e dall'ampia definizione del suo oggetto delineata dal TUSL – è stata sovente impiegata dalla giurisprudenza per estendere progressivamente i margini della responsabilità, al fine di identificare posizioni di garanzia prevenzionistiche concorrenti e diffuse, più che al fine di funzionalmente determinarle e compartimentalizzarle.¹³⁷

Simili rilievi possono svolgersi inoltre in relazione all'operatività *in action* dell'istituto della delega di funzioni, disciplinato dal combinato disposto degli artt. 16 e 17 TUSL. Segnatamente, essa costituisce lo strumento tramite il quale il datore di lavoro trasferisce ad

¹³⁵ Si prenda ad es. in considerazione la definizione di “datore di lavoro” privato offerta dall'art. 2, 1° c.: egli può essere tale in quanto “titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore”, ovvero in quanto “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 di spesa”. Speculari osservazioni possono svolgersi in relazione alla definizione di lavoratore, di cui alla lett. a). *cf.* M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 65.

¹³⁶ S. AURIEMMA, *Il datore di lavoro nell'evoluzione dell'impresa complessa*, ESI, Napoli, 2022, p. 17 – 21.

¹³⁷ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 65.

altri poteri e responsabilità per legge connessi al proprio ruolo. L'atto ha natura negoziale e produce un caratteristico effetto traslativo, nella misura in cui – nei limiti stabiliti dalla legge e dal negozio fra le parti – pone sulle spalle del delegato responsabilità proprie del delegante, che viene così liberato.¹³⁸

Tuttavia, ai sensi dello stesso art. 16, la delega – per poter essere valida, oltre agli altri requisiti posti dalla legge – dev'esser conferita ad un soggetto che possieda “tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate”, nonché essa – per espressa previsione normativa (c. 3°) – “non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite”. Laddove il delegante sia venuto meno a tali adempimenti, e tal inadempimento abbia avuto un ruolo eziologico nella produzione di un evento illecito – pur rientrando nell'oggetto della delega da egli conferita – egli potrà esser chiamato comunque a rispondere dello stesso per *culpa in eligendo* ovvero *culpa in vigilando*.¹³⁹

Si tratta di due categorie altamente problematiche, che non di rado rischiano – se interpretate adottando standards troppo elevati – di vanificare la capacità che questo strumento possiede di razionalizzare e “umanizzare” l'obbligazione prevenzionistica, secondo il principio di gestione cooperativa del rischio e di specializzazione delle competenze, dando per converso luogo a responsabilità di posizione. In altre parole, l'incertezza in merito ai criteri di operatività della delega, e dell'esonero di responsabilità che ne consegue, limita notevolmente la sua effettiva utilità – segnatamente quale strumento potenzialmente in grado di neutralizzare del “raffreddamento” derivante, come si è accennato, da un obbligo di garanzia eccessivamente ampio “concentrato” su di un unico soggetto.

4. Conclusioni

In definitiva, la positivizzazione del principio di effettività, l'adozione di definizioni funzionalistiche dei garanti (in primis del datore di lavoro), la difficoltà – quando non l'impossibilità – di individuare sfere di competenza realmente esclusive nelle organizzazioni complesse, nonché l'impiego del paradigma dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* modellato sullo standard della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”, concorrono a delineare un sistema prevenzionistico strutturalmente “aperto” e dinamico. Un simile assetto

¹³⁸ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 80.

¹³⁹ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 80.

è, entro certi limiti, fisiologico: la prevenzione primaria non può essere irrigidita in un catalogo chiuso di regole, perché deve inseguire l'evoluzione dei rischi e del sapere tecnico-scientifico.

Tuttavia, quando questa apertura interagisce con un apparato penale nel quale l'effettività dei controlli *ex ante* è debole e il baricentro della tutela tende a spostarsi “a valle”, il rischio è che l'attività d'*enforcement* finisca per operare soprattutto mediante imputazioni per eventi ormai occorsi, rigiocate *ex post*, con una contestuale percezione, da parte del cittadino di scarsa prevedibilità *ex ante* degli esiti giudiziali.

In tale contesto, la stessa tecnica funzionalistica – pur concepita per individuare con precisione il soggetto obbligato e delimitare i relativi doveri – può essere piegata, nella prassi, a logiche prevalentemente sanzionatorie, favorendo la proliferazione di posizioni di garanzia concorrenti e diffuse; e, correlativamente, l'incertezza circa i criteri di effettiva operatività della delega (e dell'esonero che ne dovrebbe conseguire) può ridurne sensibilmente la funzione razionalizzatrice, in chiave “rassicurante”.

Ne discende una tensione di sistema: da un lato, l'ordinamento pretende – e non può non pretendere – *standard* elevati di protezione; dall'altro, l'innalzamento (o l'indeterminatezza) delle soglie di diligenza e la fluidità delle sfere di responsabilità rischiano di tradursi, sul piano empirico, in obblighi percepiti come “impossibili” o comunque aventi ad oggetto rischi non governabili, con esiti di dissuasione che non colpiscono soltanto l'illecito, ma l'attività lecita cui il precetto s'innesta, fino a determinare una patologica rinuncia ad assumere ruoli prevenzionistici o a intraprendere iniziative economiche.

È precisamente qui che la categoria del *chilling effect*, intesa come forma di *overdeterrence*, mostra la propria utilità euristica: essa consente di tematizzare, accanto ai fini di tutela della vita e della salute, anche i costi costituzionali di un sistema che, se percepito come imprevedibile e “a rischio penale ubiquo”, può produrre un raffreddamento di libertà e scelte lecite, alterando l'equilibrio complessivo tra prevenzione e repressione.

Ecco, quindi, spiegate – senza alcuna pretesa di esaustività – le principali ragioni per cui si è scelto di applicare la cornice concettuale offerta dalla teoria dell'effetto di raffreddamento a questo peculiare ambito. Un fenomeno, quest'ultimo, che nella prassi tende a

manifestarsi nella forma della “fuga dal ruolo di garanzia”, generando una patologica frammentazione tra compiti, poteri e responsabilità.¹⁴⁰

Su queste premesse si innesta l’analisi che verrà condotta nel capitolo che segue, dedicata ad una ricostruzione delle principali coordinate del vigente “sistema” di prevenzione e protezione del rischio lavorativo, ricostruite a partire da un’analisi storico-normativa.

CAPITOLO III - Analisi di contesto ed ipotesi di razionalizzazione del sistema

SOMMARIO: 1. L’evoluzione del sistema di protezione dal rischio lavorativo; 1.1. Dalla tutela risarcitorio-indennitaria alla nascita del sistema: l’assicurazione obbligatoria e la marginalizzazione della prevenzione; 1.2. L’entrata in vigore del Codice penale Rocco; 1.3. Il Codice civile del 1942, l’art. 2087 c.c. e la cornice costituzionale: la sicurezza come obbligazione dinamica; 1.4. I decreti delegati degli anni ’50 – verso un modello multidatoriale di prevenzione tecnologica, oggettiva e tassativa; 1.5. L’impulso eurounitario e il d.lgs. 626/1994: verso una prevenzione primaria autonormata e soggettivamente partecipata; 1.6. Il d.lgs. 81/2008 e la dimensione tecnologico-organizzativa della prevenzione primaria; 2. I soggetti del diritto penale del lavoro; 2.1. Principio di effettività e regolazione funzionalista; 2.2. La delega di funzioni ed i garanti “derivati”; 2.2.1. I requisiti “formali” e “sostanziali” della delega di funzioni; 2.2.2. Gli effetti della delega – l’obbligo residuale di “alta vigilanza”; 2.2.3. Il rilievo dei prodotti dell’autonormazione datoriale ai fini dell’individuazione del garante competente; 2.3. Il datore di lavoro e il dirigente (art. 2, c. 1°, lett. b e d TUSL); 2.3.1 Il datore di lavoro nella pubblica amministrazione; 2.3.2 Il dirigente; 2.3.3. Gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente; 2.4. Il preposto (art. 2, c. 1°, lett. e TUSL); Il servizio di prevenzione e protezione ed il suo responsabile; 2.6 Il medico competente; 2.7 Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza; 2.8 Il lavoratore; 3. L’individuazione dei soggetti responsabili; 3.1 La posizione di garanzia; 3.2 Teoria del rischio e causalità giuridica; 3.3 La causalità condizionalistica quale fattore “eversivo” della tipicità; 3.4 Il problema della causalità nel reato omissivo improprio; 3.5 Teoria della *condicio sine qua non* e imputazione oggettiva dell’evento; 3.5.1 Il nesso tra colpa ed evento: concretizzazione del rischio e comportamento alternativo lecito; 3.6 Il criterio della competenza; 3.7 L’oggetto della posizione di garanzia datoriale alla luce della teoria della competenza; 3.7.1 La ricostruzione del “rischio lavorativo” nella paradigmatica sentenza relativa al disastro ferroviario di Viareggio; 3.8 L’interruzione del nesso causale per effetto di un rischio sopravvenuto nuovo o abnorme; 3.9 Conclusioni 4. L’indeterminatezza della colpa penale nel diritto penale del lavoro e il valore dell’autonormazione; 4.1 Premessa; 4.2 La colpa penale – cenni; Colpa generica, colpa specifica – rapporti fra colpa generica e specifica; 4.4 Lo *standard* “oggettivo” di diligenza esigibile ed il ruolo dell’art. 2087 c.c.; 4.4.1 Le sentenze della Corte costituzionale n. 475 del 1988 e n. 312 del 1996: dal criterio della “massima sicurezza tecnologicamente fattibile” allo standard della “massima sicurezza concretamente praticabile”; 4.4.2. L’avvallo dello *standard* della “*reasonable practicability*” da parte della giurisprudenza della Corte europea di giustizia; 4.4.3. Il rigetto di letture rigidamente “coerentiste” dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e l’esigenza di bilanciamento secondo i parametri della proporzionalità e

¹⁴⁰ R. BLAIOTTA, *Chilling effect e governo del rischio lavorativo*, op. cit.

ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale relativa all'Ilva di Taranto; 4.4.4. Conclusioni; 4.5 La parabola della "codificazione" delle regole cautelari di colpa specifica nell'ambito della sicurezza sul lavoro e la persistente indeterminatezza delle stesse; 4.5.1 Premessa; 4.5.2 Un possibile rimedio: la "giuridificazione" della regola cautelare tramite individuazione legislativa di fonti "qualificate" meta-autonormative ed il contestuale rafforzamento dei meccanismi di cooperazione in concreto; 4.5.2.1. La scarsa valorizzazione giuridica del *soft-law* nel contesto del vigente T.U.; La paradigmatica esperienza dei protocolli condivisi nell'ambito dell'emergenza pandemica; 4.5.4. Il modello statunitense di "cooperazione in concreto"; 4.6. L'iper-oggettivizzazione e la conseguente tendenziale obliterazione della "dimensione soggettiva" della colpa datoriale; 4.7. La dimensione relazionale della colpa e la controversa funzione incriminatrice dell'art. 113 del c.p.; 4.7.1. La funzione incriminatrice della cooperazione colposa; 5. L'apparato sanzionatorio posto a presidio dell'effettività della disciplina; 5.2.1. Il delitto di "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro" ex art. 437 c.p.; 5.2.2. Il disastro innominato; 5.2.3. Le fattispecie colpose di comune pericolo; 5.2.3. Le fattispecie colpose di comune pericolo; 5.2.4. L'inadeguatezza delle fattispecie di comune pericolo rispetto al mutato contesto regolativo; 6. I fattori di "raffreddamento" insiti nella disciplina del T.U.; 7. Possibili rimedi *de iure condendo* alla luce della teoria del "raffreddamento"; Conclusioni.

1. L'evoluzione del sistema di protezione dal rischio lavorativo

Prima di ricostruire i tratti essenziali dell'assetto prevenzionistico attualmente vigente, così come delineato dal d.lgs. 81/2008, pare opportuno premettere una sintetica ricostruzione storico-normativa del sistema di protezione dal rischio lavorativo. La disciplina oggi vigente è, infatti, il risultato di molteplici interventi legislativi stratificatisi nel tempo, rispondenti a logiche parzialmente differenti, che hanno dato luogo ad un corpus normativo imponente, non di rado segnato da difetti di omogeneità e di coordinamento.

Lungo tale traiettoria – difatti – si è potuto assistere ad un progressivo mutamento della "filosofia" regolativa di fondo presupposta a ciascuno dei summenzionati interventi: a partire da un modello di regolazione originariamente incentrato su una razionalità meramente assicurativo-indennitaria, funzionale ad assicurare la monetizzazione ex post del danno attraverso l'istituto dell'assicurazione obbligatoria; con la legislazione delegata degli anni '50 si è poi affermato un paradigma di prevenzione fondato su prescrizioni tecniche, rigide e tassative, volte a realizzare una sicurezza "oggettiva" di macchine ed ambienti; ed infine – per effetto degli impulsi eurounitari – dapprima con l'introduzione del d.lgs. 626 del 1994 e poi compiutamente con l'entrata in vigore del d.lgs. 81 del 2008, si è definitivamente consolidata una moderna idea di sicurezza organizzata, autonormata e soggettivamente partecipata.

1.1. Dalla tutela risarcitorio-indennitaria alla nascita del sistema: l'assicurazione obbligatoria e la marginalizzazione della prevenzione

Seppur il primo intervento sistematico del legislatore italiano in materia di prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro risale alla seconda metà degli anni Cinquanta del XX secolo – operato per tramite dei cd. “decreti delegati” emanati in esecuzione della legge-delega 12 febbraio 1955, n. 51 – il problema della tutela dell'integrità fisica dei lavoratori è stato al centro di intensi dibattiti, per lo meno a partire dagli ultimi anni del secolo XIX, in concomitanza con lo sviluppo della grande industria e al contestuale esponenziale incremento degli infortuni e delle malattie professionali occorsi sul luogo di lavoro.¹⁴¹

Il significativo ritardo con cui l'Ordinamento italiano ha fornito una risposta concreta alle suddette istanze di tutela, può essere attribuito alle concezioni di fondo che hanno prevalso per lo meno fino ai primi anni del secondo dopoguerra. Esse si fondavano su tre principali assunti: il primo, per il quale gli infortuni fossero quasi sempre imputabili a fattori di tipo soggettivo, legati alla mera imprudenza o negligenza comportamentale dei lavoratori stessi, dovendosi escludere quasi del tutto la considerazione di fattori di tipo organizzativo-ambientali; il secondo, per cui l'infortunio fosse una conseguenza inevitabile, fatale e tendenzialmente imprevedibile dell'attività d'impresa; il terzo, specialmente imperante nei primi anni dell'industrializzazione, dell'assoluta centralità della libertà di iniziativa economica privata, cui si coniugava una generale intolleranza alle limitazioni del potere gerarchico e organizzativo dell'imprenditore, specialmente se imposte con legge dello Stato. In questo contesto, il legislatore non riuscì a trovare altra soluzione che quella di privilegiare una tutela risarcitorio-rimediabile, marginalizzando le finalità della prevenzione.¹⁴²

Non a caso, il primo intervento in materia consistette nell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria contro la responsabilità civile, scaturente dai danni causati dagli infortuni sul lavoro degli operai addetti ai settori industriali ritenuti particolarmente pericolosi (l. n. 80 del 1898, modificata poi dalla l. n. 243 del 1903, a sua volta ordinata nel r.d. n. 51 del 1904, che approvò il T.U. per gli infortuni degli operai sul lavoro).

¹⁴¹ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, G. Giappichelli Editore, 2024, Torino, p. 292.

¹⁴² M. PERSIANI, M. LEPORE, *Profilo storico legislativo del concetto di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*. In M. PERSIANI, M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2012, p. 4.

L'obbligo assicurativo era volto a garantire l'indennizzo dei danni subiti dai lavoratori in conseguenza di infortuni ritenuti fortuiti, dovuti a forza maggiore, ovvero riconducibili a fatti colposi dell'imprenditore purchè perseguibili a querela dell'infortunato, o ancora causati da colpa non grave del lavoratore: in tal modo, anche in assenza della prova del nesso eziologico tra responsabilità colposa datoriale e danno, il prestatore poteva comunque accedere a una forma di tutela economica (seppur in misura ridotta, trattandosi di un mero indennizzo). La responsabilità civile personale datoriale, per contro, sussisteva solo nei casi in cui l'imprenditore versasse in colpa, accertata da sentenza penale, per fatti perseguibili d'ufficio, ovvero per fatti imputabili ai preposti alla sorveglianza o direzione del lavoro.¹⁴³

Questa soluzione venne escogitata principalmente per far fronte alla scarsissima effettività della tutela giurisdizionale civile offerta all'epoca al prestatore d'opera, a sua volta conseguenza indiretta del canone processuale "*iuxta alligata et probata partium*". Era difatti discusso – in assenza di una norma quale quella di cui all'odierno art. 2087 c.c. – se la natura della responsabilità datoriale civile per gli infortuni subiti dal lavoratore dovesse ritenersi di tipo contrattuale ovvero extracontrattuale/acquiliano. La disputa andava necessariamente a riverberarsi sulle *chances* che il lavoratore possedeva di ottenere un risarcimento, in quanto: nel primo caso, sarebbe stato sufficiente che il lavoratore provasse il solo infortunio-inadempimento; mentre invece, nel secondo, egli sarebbe stato onerato della prova del fatto dannoso e della colpa datoriale e, quindi, della ricostruzione del decorso causale che collega condotta ed evento, rendendo nei fatti quanto mai remota la possibilità di ottenere risarcimenti.¹⁴⁴

Perciò, sebbene già all'epoca si possano riconoscere apprezzabili contributi dottrinali volti a identificare una vera e propria obbligazione contrattuale dell'imprenditore a «*dare un ambiente di lavoro sano, impregiudizievole all'operaio*»,¹⁴⁵ il persistere dei dubbi in merito al corretto inquadramento della fattispecie e le conseguenti criticità probatorie, unitamente alle difficoltà economiche in cui sovente versavano gli infortunati, spinsero molti a non adire la

¹⁴³ M. PERSIANI, M. LEPORE, op. ult. cit., p. 5.

¹⁴⁴ V. FERRANTE, T. TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, V edizione, Cedam, Milano, 2025, p. 3.

¹⁴⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano (1901)*, ristampa anastatica a cura di M. NAPOLI, Vita e Pensiero, Milano 2003, 497-498;

giurisdizione e, per i pochi che comunque vi ricorsero, condizionarono negativamente l'esito delle azioni risarcitorie promosse.¹⁴⁶

A partire dalla riconosciuta ineffettività della tutela risarcitoria civile, fu quindi sviluppata la teoria del rischio professionale (*cuius commoda, eius et incommoda*), secondo cui il lavoratore è protetto rispetto a qualsiasi evento collegato all'esecuzione della prestazione, in ragione del beneficio tratto dall'imprenditore dalla sua attività lavorativa. Sulla scorta di tale considerazione, si tentò allora di introdurre un nuovo criterio d'imputazione della responsabilità civile ove, secondo uno schema simile a quello tratteggiato dall'oggi vigente art. 2050 c.c., a fronte della prova positiva dell'infortunio subito e della sua attinenza al rischio proprio dell'attività industriale, la colpa datoriale sarebbe stata in una certa misura presunta, ferma restando la possibilità per l'imprenditore di superare siffatta presunzione dimostrando il caso fortuito o la forza maggiore.¹⁴⁷

Tuttavia, sulla base della radicata convinzione della inevitabilità e imprevedibilità degli infortuni, la successiva dottrina sviluppò le proprie argomentazioni sino alla completa negazione della responsabilità civile. L'industria – si argumentava – non può essere responsabile, nel senso giuridico della parola, sicché – per gli infortuni ad essa imputabili – l'industriale risponderà soltanto nella sua qualità di capo dell'impresa. Il ragionamento era dunque proteso ad accreditare l'imprenditore come soggetto incolpevole, sul quale non può gravare alcuna responsabilità dogmaticamente identificata con la colpa, ma soltanto gli effetti

¹⁴⁶Occorre poi tener conto di come, laddove il prestatore infortunato avesse citato in giudizio il datore di lavoro a fini risarcitori, sovente questi venisse considerato dai giudici un ingrato, un arrogante, uno speculatore: in altre parole, un soggetto "sospettabile di simulazione fraudolenta per lucrare dal suo padrone qualche lira in più" *cfr.* U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna, 1995, 65;

¹⁴⁷ L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, ESI, Napoli, 1986, p. 123. Si tratta di una teoria – quella del "rischio professionale" – elaborata dalla dottrina verso la fine del XIX secolo, al fine di introdurre un nuovo criterio di imputazione della responsabilità civile, da affiancare a quello tradizionale della colpa, affermando per questi casi la responsabilità da "rischio professionale" in capo a quanti esercitano "attività pericolose", per il sol fatto che il soggetto tragga un profitto da tale attività. In forza di un siffatto principio, il lavoratore avrebbe potuto giovare di una sorta di regime presuntivo idoneo a superare le accennate difficoltà processuali, essendo chiamato il datore, per non incorrere in responsabilità risarcitoria, a dare la prova del fortuito (su uno schema analogo a quello delineato dal vigente art. 2050 c.c.). *cfr.* V. FERRANTE, T. TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, op. ult. cit., p. 3. Il rischio professionale, tuttavia, non fu concepito come una responsabilità "assoluta", giacché la nozione di "caso fortuito" o "forza maggiore" assumeva la funzione di delimitare i confini del rischio d'impresa, restando così esclusi gli eventi "estranei" alla stessa, in quanto determinati da fattori "esterni" non assimilabili alle vicende prevedibili dall'imprenditore. Con riguardo agli infortuni imputabili alla colpa del lavoratore, la soluzione proposta fu invece quella di una loro parziale inclusione nel rischio professionale, atteso che la negligenza dell'operaio era sovente provocata dalle insane condizioni del lavoro, risultando di fatto indistinguibili i profili attinenti alla colpa da quelli inerenti al rischio di impresa. *Cfr.* G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 20.

economici del rischio provocato dall'impresa, per il quale si invocava l'istituto "economico moderno" dell'assicurazione come garanzia di risarcimento (*rectius* di indennizzo) in favore degli infortunati (operante, com'è noto, secondo il paradigma della "responsabilità oggettiva").¹⁴⁸

Pertanto, il legislatore dell'epoca – evitando di incidere sul regime civilistico della responsabilità datoriale – si decise, a seguito di un lungo dibattito parlamentare, a favore dell'introduzione dell'obbligo assicurativo: le stesse argomentazioni che avevano inizialmente sorretto la proposta di prevedere un criterio alternativo alla colpa, furono utilizzate per giustificare l'estensione della tutela assicurativa ad eventi ritenuti irrimediabilmente estranei per loro natura agli schemi da responsabilità civile.¹⁴⁹

Se è vero che, in tal modo, venne approntata una soluzione economica al problema sociale e umano posto dal fenomeno infortunistico, è altrettanto vero che il modello contribuì a consolidare l'idea di imprevedibilità e fatalità dell'infortunio sul lavoro, svalutando – su un piano culturale ancor prima che giuridico – il rilievo delle attività preventive volte a contenerne o a ridurre l'incidenza.¹⁵⁰ Ciò, anzitutto, in quanto l'obbligo di assicurazione richiedeva un investimento minimo – peraltro riversato sui salari – a fronte di una sostanziale neutralizzazione della responsabilità personale: «*da potenziale colpevole, il padrone si trasforma quasi in benefattore!*». ¹⁵¹ In secondo luogo, sebbene l'obbligo assicurativo si accompagnasse, in linea di principio, alla previsione delle misure tecniche atte a prevenire gli infortuni, tali cautele – obbligatorie solo nella misura in cui fossero espressamente previste negli appositi regolamenti tecnici in seguito approvati – risultavano funzionali a mantenere il fenomeno infortunistico entro i limiti del rischio preventivato dagli istituti assicuratori, sulla base del calcolo medio degli infortuni, che continuavano ad essere considerati per la grandissima parte fortuiti. In altre

¹⁴⁸ G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, op. ult. cit., p. 23-25.

¹⁴⁹ G. LUDOVICO, op. ult. cit., p. 23 – 29.

¹⁵⁰ Di qui il cd. carattere transattivo della tutela assicurativa, dacché essa era volta ad ottenere «[...] *un compromesso in virtù del quale il datore di lavoro rinunciava ad essere esonerato dalla responsabilità per infortuni non derivanti da propria colpa, mentre i lavoratori rinunciavano ad agire per ottenere il risarcimento del danno integrale ottenendo un'indennità da parte degli assicuratori di importo ridotto (indennitaria appunto), ma certa ed estesa alla totalità degli eventi lesivi*» M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 293.

¹⁵¹ L. GAETA, *l'influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, n. 6/2015, 211;

parole, i regolamenti dell'epoca servirono più ad evitare un aggravio eccessivo dei costi delle gestioni assicurative, più che a realizzare un'autentica prevenzione primaria.¹⁵²

È in tale periodo che venne, nondimeno, approvata la prima normativa tecnica di prevenzione: anzitutto il regolamento generale approvato con R.D. 18.06.1899 n. 230, a cui si affiancò una serie di altri regolamenti “speciali”,¹⁵³ seguiti infine – a distanza di quasi trent'anni – dal regolamento generale per l'igiene sul lavoro, approvato con R.D. 14.04.1927 n. 530. Questa primordiale disciplina presentava numerosissime criticità: venivano esclusi interi settori economici ed esonerate le imprese di dimensioni ridotte; anche laddove applicabile, essa recava prescrizioni scarse e minimali; infine, essa scontava un elevatissimo tasso di ineffettività, posto che la sua violazione era sanzionata – oltre che con il venir meno della copertura assicurativa – per tramite di una sola fattispecie penale contravvenzionale, priva di alcun mordente, prevista all'art. 434 del Codice penale Zanardelli, analoga a quella oggi prevista all'art. 650 del codice attualmente vigente.¹⁵⁴

1.2. L'entrata in vigore del Codice penale Rocco

Tuttavia, con l'introduzione del Codice penale Rocco, approvato con r.d. 19.10.1930, vennero previsti – in particolare – due delitti tuttora vigenti, uno doloso e l'altro colposo, rispettivamente agli artt. 437 e 451 c.p., proprio al fine dichiarato di colmare la lacuna di tutela penalistica preesistente, mentre invece la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p. continuava a sanzionare la mera inosservanza dei provvedimenti di prevenzione.¹⁵⁵

¹⁵² M. LEPORE, M. PERSIANI, *Profilo storico-legislativo del concetto di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 4.

¹⁵³ R.D. 18/06/1899, n. 231 (lavori nelle miniere e nelle cave); R.D. 16/06/1899, n. 233 (materie esplodenti); R.D. 27/05/1900, n. 205 (imprese di costruzioni); R.D. 07/05/1903, n. 209 (strade ferrate); R.D. 23/11/1911, n. 1306 (tramvie extraurbane).

¹⁵⁴ T. PADOVANI, *Introduzione a R. BLAIOTTA, Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit.

¹⁵⁵ Prima della introduzione di tali fattispecie, la violazione delle numerose norme che imponevano l'adozione di misure antinfortunistiche particolari per le diverse attività lavorative era sanzionata secondo l'art. 3 R.D. n. 51 del 31 gennaio 1904; tale norma, premesso l'obbligo dei capi ed esercenti di imprese di adottare le misure prescritte dalle leggi e dai regolamenti speciali di prevenzione, disponeva che «quando disposizioni speciali non stabiliscono penalità ai contravventori, questi sono puniti a norma dell'art. 434 c.p., senza pregiudizio delle responsabilità civili e penali in caso di infortunio». La disposizione di cui all'art. 434 c.p. Zanardelli (analoga all'attuale art. 650 c.p.) prevedeva la trasgressione di un ordine legalmente dato per ragione di giustizia o pubblica sicurezza e la puniva con l'arresto fino ad un mese o con un'ammenda. Era dunque prevista una serie di disposizioni che imponevano singole misure antinfortunistiche, talune delle quali contenevano anche la correlativa sanzione penale; le disposizioni prive di sanzione davano luogo all'applicazione dell'art. 434 c.p. cfr: V. ZAGREBELSKY, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto – Volume XXX*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 5; F. A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 9.

La prima punisce la “Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro”, sanzionando “chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia...” con la reclusione da sei mesi a cinque anni, mentre invece, se dal fatto deriva un disastro o un infortunio, la pena prevista è della reclusione da tre a dieci anni. La seconda, invece, sanziona la “Omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro”, e punisce “Chiunque, per colpa, omette di collocare, ovvero rimuove o rende inservibili apparecchi o altri mezzi destinati alla estinzione di un incendio o al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro” con la reclusione fino ad un anno o con la multa da euro 103 a euro 516.

Si tratta di due fattispecie che, seppur minacciano – all’epoca come ancora oggi – delle pene particolarmente elevate, si risolsero in realtà in un mero esercizio di “diritto penale simbolico”:¹⁵⁶ esse, infatti, si presentano prevalentemente come reati omissivi, fatta eccezione per l’ipotesi dolosa della “rimozione” prevista dall’art. 437 (ipotesi in ogni caso residuale e piuttosto rara nella prassi applicativa). L’omissione richiede la preesistenza di un obbligo giuridico riferito a specifici dispositivi, impianti o segnali, la cui previsione era essenzialmente rimessa alla scarsa disciplina contenuta nei regolamenti vigenti all’epoca.¹⁵⁷

A ciò poi si deve aggiungere che la fattispecie delittuosa di cui all’art. 437 c.p. richiede l’elemento soggettivo doloso, la cui concreta dimostrazione nei reati omissivi risulta particolarmente complessa;¹⁵⁸ mentre invece la fattispecie colposa di cui all’art. 451 c.p. assume dei connotati propri, i quali valgono a distinguerla da quella dolosa in quanto essa, per come è formulata, sembra porsi rispetto alla prima in rapporto di genere a specie, riguardando esclusivamente cautele finalizzate direttamente alla protezione delle persone nelle situazioni più critiche, ossia solo agli strumenti di tutela per così dire secondari, cioè utili a limitare e controllare *ex post* gli esiti di un accadimento pericoloso già in atto.¹⁵⁹

¹⁵⁶ F. A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, (a cura di) A. MANNA, Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 9.

¹⁵⁷ V. ZAGREBELSKY, op. ult. cit., p. 6.

¹⁵⁸ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. It. dir. e proc. Pen.*, fasc. 4, p. 984.

¹⁵⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 187 s.

Queste circostanze spiegano le principali ragioni della limitata applicazione giurisprudenziale di tali incriminazioni, almeno nel periodo immediatamente successivo alla loro introduzione.¹⁶⁰

Tuttavia, la loro previsione ha implicitamente sancito l'esistenza di un obbligo generale – di stampo pubblicistico – di garantire la sicurezza dei lavoratori in capo all'imprenditore, poi espressamente consacrato nell'art. 2087 del Codice civile del 1942: tali fattispecie, qualificate come reati di pericolo e di mera condotta, hanno infatti conferito autonomia concettuale e normativa alle attività preventive, introducendo una tutela anticipata allo stadio del pericolo, mediante la penalizzazione di comportamenti che, anche solo potenzialmente, compromettano la sicurezza.¹⁶¹

1.3. Il Codice civile del 1942, l'art. 2087 c.c. e la cornice costituzionale: la sicurezza come obbligazione dinamica

In ogni caso, è con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, e in particolare dell'art. 2087, che venne sancita una volta per tutte l'esistenza di un'autonoma obbligazione di sicurezza – di natura contrattuale – a carico dell'imprenditore e, quindi, il corrispondente diritto soggettivo perfetto dei lavoratori alla tutela della loro integrità psicofisica.¹⁶²

Il datore di lavoro è infatti «*tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte 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*»: si tratta di un'innovativa tecnica di tutela “dinamica”, in quanto induce l'imprenditore a valutare, adottare e a mantenere costantemente aggiornate le misure che, nell'esercizio dell'impresa, sono necessarie a realizzare la tutela delle condizioni di lavoro.

La norma, pertanto, si pose quale clausola sia di apertura che di chiusura del sistema prevenzionistico, costituendone di certo la chiave di volta: di apertura, in quanto la legislazione speciale e tecnica successivamente introdotta rappresentò una mera specificazione del generale

¹⁶⁰ F. A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale*, op. ult. cit., p. 9.

¹⁶¹ M. LEPORE, M. PERSIANI, *Profilo storico-legislativo*, op. ult. cit., p. 7.

¹⁶² D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè Editore, 2010, p. 209 secondo cui «l'art. 2087 c.c. ha [...] da sempre rappresentato – e continua tuttora a rappresentare – il referente normativo sul quale fondare l'esistenza di un obbligo di protezione a carico del datore di lavoro, come tale in grado di innescare l'operatività della clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare l'evento-infortunio ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.»; cfr. D. PULITANO, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, p. 178 s.

e fondamentale obbligo di prevenzione dalla stessa sancito; di chiusura, poiché essa permise di accordare tutela normativa a fattispecie concrete non espressamente rientranti nella normativa cautelare positiva (cd. misure innominate), laddove esse si rendano necessarie – in relazione all’evoluzione del sapere tecnico-scientifico, all’esperienza e alle specificità dell’attività svolta in concreto – a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.¹⁶³

Proprio in ragione dell’assenza, nel periodo immediatamente successivo alla sua previsione, di una disciplina tecnica organica, l’art. 2087 c.c. costituì non già solo la fonte, ma bensì pure il principale parametro di valutazione del dovere di diligenza esigibile dal datore di lavoro nel campo della sicurezza, ossia il “metro” alla stregua del quale determinare la regola cautelare violata ai fini di un rimprovero di colpa generica.¹⁶⁴

Con l’avvento della Costituzione repubblicana, l’art. 2087 c.c. viene a iscriversi in una cornice duplice. Da un lato, la Carta fonda e legittima una tutela intensa della salute e della sicurezza del lavoratore, quale proiezione del primato della persona che lavora e del limite imposto all’iniziativa economica privata dagli artt. 32 e 41 Cost.; dall’altro, la medesima Carta opera come controlimite alla proiezione penalistica di tale tutela, impedendo che l’espansione dell’obbligo di sicurezza si traduca in responsabilità di posizione o in un sacrificio dei principi di colpevolezza e responsabilità per fatto proprio. In questa prospettiva, la funzione storica della legislazione successiva non è stata quella di sostituire l’art. 2087 c.c., ma di concretizzarne progressivamente i contenuti cautelari entro cornici più verificabili e determinate.¹⁶⁵

È precisamente in questa direzione che si comprende il significato della svolta della seconda metà degli anni Cinquanta: la legislazione delegata, attraverso un apparato tecnico dettagliato e in larga misura tassativo, mirò a “specificare” e, in parte, a “oggettivare” il dovere di sicurezza, traducendolo in prescrizioni positive generali ed astratte e tipizzandone

¹⁶³ a tal proposito si vedano: Cassazione penale, Sez. IV - Sentenza n. 48510 del 6 dicembre 2023 (u.p. 20 settembre 2023) - Pres. Di Salvo - Est. Dawan - P.M. (Parz.conf.) Marinelli - Ric. S.; Cassazione penale, Sez. IV - Sentenza n. 16305 del 18 aprile 2023 (u.p. 5 aprile 2023) - Pres. Piccialli - Est. Ferranti - Ric. B. e altro; Cassazione penale, Sez. IV - Sentenza n. 28729 del 23 luglio 2021 (u.p. 14 luglio 2021) - Pres. Piccialli - Est. Ferranti - P.M. (Parz.conf.) Romani - Ric. B.; Cassazione penale, Sez. IV - Sentenza n. 40933 del 24 settembre 2018 (u.p. 7 giugno 2018) - Pres. Ciampi - Est. Dawan - P.M. (Conf.) Fodaroni - Ric. L. e altro. L’orientamento è inoltre condiviso pure in sede di giurisdizione civile, cfr. *ex multis* Cass. Sez. Lav. 15.5.2024 n. 38835).

¹⁶⁴ D. MICHELETTI, *I Reati propri esclusivi del datore di lavoro*, op. cit., p. 209.

¹⁶⁵ F. A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in A. MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, CEDAM, Padova, 2023, spec. p. 3-4 e 12-13.

progressivamente anche i destinatari, così da rendere più determinabili i contenuti dell'obbligazione prevenzionistica nei diversi contesti produttivi.

1.4. I decreti delegati degli anni '50 – verso un modello multidatoriale di prevenzione tecnologica, oggettiva e tassativa

La legge delega 12.2.1955, n. 51 autorizzò il governo ad emanare norme generali e speciali per la prevenzione degli infortuni e per l'igiene del lavoro, da applicarsi a tutti i settori produttivi, con la sola esclusione delle ferrovie dello Stato, del Ministero delle poste e telecomunicazioni, degli esercizi dei trasporti terrestri pubblici, della navigazione marittima, aerea ed interna nonché delle miniere, cave e torbiere.

La delega e i successivi decreti di attuazione rappresentarono un radicale mutamento di prospettiva rispetto alle premesse ideologiche che avevano contrassegnato la originaria legislazione speciale, conferendo – su basi sistematiche – autonomia concettuale e giuridica, già affermata e stabilita in linea di principio dall'art. 2087 c.c., alla tutela preventiva dell'integrità psicofisica dei lavoratori.¹⁶⁶

Quanto alla disciplina tecnica introdotta in quegli anni, merita anzitutto evidenziarne la peculiare metodologia precettiva. Accanto ad alcune disposizioni di principio (ad es. l'obbligo di informazione dei lavoratori in ordine ai rischi specifici ed alle norme essenziali di prevenzione), essa si fondò prevalentemente su norme tecniche specifiche, che imponevano nella maggioranza dei casi l'adozione tassativa di determinati accorgimenti oggettivi (dispositivi, particolari condizioni ambientali, mezzi personali di protezione) e solo in ipotesi limitate l'osservanza di misure di tipo soggettivo (informazione e formazione *in primis*), risultando quasi del tutto assenti quelle di tipo organizzativo. Per di più, fondandosi quasi esclusivamente su accorgimenti analiticamente individuati e i cui valori dipendevano per lo più da rigidi parametri predeterminati nell'ambito dei singoli decreti, la loro adozione non era rimessa alla discrezionalità alternativa dell'imprenditore, laddove questi fossero stati precisamente indicati, salvo il già menzionato obbligo di integrazione laddove la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica lo avessero richiesto.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Quest'aspetto risulta con particolare evidenza in riferimento all'art. 389 del d.P.R. n. 547 del 1955, il quale collegava ad una qualsiasi violazione delle precauzioni imposte dal decreto l'irrogazione di una sanzione penale, a prescindere dagli effetti che ne fossero poi derivati: cfr. L. FANTINI, A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi. Seconda edizione*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 4.

¹⁶⁷ La disciplina introdotta negli anni 50' rappresentò infatti un tipo di intervento quasi esclusivamente indirizzato a migliorare le condizioni oggettive di svolgimento dell'attività lavorativa (cfr. *infra*), puntando essenzialmente su

Le cautele positive introdotte con la legislazione tecnica degli anni '50 appartennero, per larga parte, alla categoria delle regole cautelari a contenuto rigido, strutturate secondo uno schema vincolato del tipo “*al ricorrere della situazione A, il destinatario deve adottare necessariamente la misura B*”. In tal modo, la disciplina codificò l’obbligazione prevenzionistica datoriale soprattutto per tramite di regole di colpa specifica – previste da fonti legali o regolamentari – che predeterminavano in modo puntuale il comportamento dovuto, senza rimetterne l’individuazione alle circostanze del caso concreto.¹⁶⁸

Perciò, quando la regola cautelare “positiva” è rigida, la sua violazione è generalmente di per sé idonea a fondare il rimprovero colposo (in relazione ai caratteri della cd. prevedibilità/evitabilità della colpa), mentre il suo puntuale ossequio tende parimenti ad escluderlo, salve ipotesi eccezionali (ad esempio quando, nelle circostanze date, l’osservanza della regola determini un incremento del rischio che essa mirava a governare, ovvero quando l’inosservanza risulti priva di rilievo eziologico rispetto all’evento concretamente verificatosi).

169

In questo contesto, gli spazi di operatività dell’art. 2087 c.c. rimasero tendenzialmente relegati: da un lato, ai casi in cui difettassero regole tecniche positive applicabili, così da poter fondare un rimprovero di colpa generica; dall’altro, alla funzione integrativa rispetto a quelle prescrizioni positive a contenuto non rigidamente determinato, suscettibili di essere “riempite” secondo particolarità del lavoro, esperienza e tecnica, delineando così possibili “residui” di colpa generica.¹⁷⁰

quella che si può chiamare la tecnologia della prevenzione o meglio la prevenzione tecnologica, volta cioè a considerare essenzialmente il complesso degli strumenti di carattere tecnico-oggettivo (dispositivi di sicurezza, condizioni di idoneità dell’ambiente), obliterando il rapporto causale tra i fattori di rischio e la persona (prevenzione “soggettiva”), e limitando l’incidenza della prevenzione sulla organizzazione del lavoro, in ossequio alla dicotomia che vede contrapposta la salute della fabbrica alla salute nella fabbrica. G. NATULLO, *Sicurezza del lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1074.

¹⁶⁸ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 434.

¹⁶⁹ Le situazioni riconducibili alla colpa generica ed a quella specifica non differiscono dal punto di vista concettuale, in quanto in ambedue si verifica una situazione in cui, sulla base di una valutazione *ex ante*, si verifica la prevedibilità ed evitabilità del risultato. Nella colpa generica, tale valutazione si basa sulla esperienza sociale diffusa e consolidata; in quella specifica, invece, l’apprezzamento è compiuto dal soggetto che pone la regola di condotta. (R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 289). Per tali motivazioni – una volta riscontrata la violazione di una regola cautelare “rigida” – la prevedibilità/evitabilità dell’evento dannoso si presume (ovviamente, si tratta di una presunzione relativa), in quanto già “implicita” nella valutazione *ex ante* di chi ha “positivizzato” la cautela.

¹⁷⁰ In questo senso, la disciplina tecnica introdotta a partire dalla metà degli anni '50 ha finito per ingenerare, nel diritto penale del lavoro, una fisiologica concorrenza tra ipotesi di colpa specifica, in quanto tali fondate su regole cautelari positivizzate, e una colpa generica cd. “residuale”, la cui definizione continuava ad essere desunta dall’art. 2087 c.c. cfr. D. MICHELETTI, *Reati propri esclusivi del datore di lavoro*, op. cit., p. 209.

Occorre tuttavia richiamare i limiti intrinseci di tale metodologia precettiva. In primo luogo, il carattere rigido e particolareggiato delle prescrizioni le esponeva a rapida obsolescenza, essendo esse strettamente connesse alle contingenze proprie del contesto storico e tecnico in cui vennero emanate;

In secondo luogo, l'assenza di una regolazione fondata su un'attività preventiva di progettazione e programmazione della sicurezza – ossia su una valutazione preliminare dei rischi specifici connessi alla prestazione lavorativa nel concreto contesto di svolgimento – impediva a regole cautelari “calate dall'alto” – in via generale ed astratta – di intercettare tutti i fattori di rischio propri delle singole attività produttive.¹⁷¹

Un altro aspetto significativo attiene al fatto che la normativa introdusse nell'ordinamento un'idea di prevenzione essenzialmente tecnologica, finalizzata alla predisposizione di un ambiente obiettivamente sicuro, mediante mezzi tecnici idonei a offrire tutela anche in presenza di negligenza, imperizia e imprudenza degli stessi lavoratori. Ciò comportò a una significativa espansione dell'obbligazione prevenzionistica, specularmente riducendosi – se non del tutto azzerandosi – lo spazio di operatività del principio di affidamento quale causa di esclusione dell'imputazione colposa.¹⁷²

Il lavoratore, nel sistema delineato dalla legislazione tecnica degli anni '50, non era considerato se non quale mero “creditore” di sicurezza, senza che fosse previsto il suo coinvolgimento attivo nelle attività aziendali di programmazione e gestione della prevenzione. Al fine di valorizzarne maggiormente il ruolo nelle dinamiche del sistema, venne dapprima introdotto l'art. 9 della legge 20 maggio 1970, n. 300,¹⁷³ tutt'ora vigente, che prevede espressamente il diritto dei lavoratori, da esercitare mediante le loro rappresentanze, di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. Successivamente, l'art. 20 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (cd. “riforma

¹⁷¹ P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, 2001.

¹⁷² «Il datore di lavoro, infatti, non ha soltanto l'obbligo di dotare i lavoratori del dovuto strumentario di sicurezza, ma deve anche assicurarsi che tale strumentario venga effettivamente adoperato, sì che non vi è spazio per invocare alcun affidamento in proposito» C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali X*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 239.

¹⁷³ Art. 9 (l. n. 300 del 1970): «I lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica».

sanitaria”)¹⁷⁴ attribui all’azione congiunta del datore di lavoro e delle rappresentanze aziendali – secondo modalità previste dagli accordi collettivi – il compito di individuare le norme di sicurezza necessarie, in considerazione degli specifici fattori di rischio connessi al singolo ambiente di lavoro, anche in aggiunta a quelle positive. In tal modo, da un lato venne istituzionalizzata la partecipazione dei lavoratori, attraverso i loro organi di rappresentanza, alla concreta realizzazione del sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali al lavoro e, dall’altro, si è riconobbe espressamente che l’adempimento all’obbligazione prevenzionistica non poteva esaurirsi – in applicazione dell’art. 2087 cc – nel solo approntamento delle prescrizioni tecniche espressamente previste dal legislatore.¹⁷⁵

Un’ennesima, importante innovazione introdotta dalla normativa delegata consiste nell’individuare come “debitori di sicurezza” non più solo la generica figura dell’imprenditore, ma specificamente il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto, ciascuno secondo le rispettive attribuzioni e competenze.¹⁷⁶ Questi soggetti – la cui tipizzazione normativa era in origine solo tratteggiata dall’art. 4 del d.P.R. 547/1955 – furono individuati in quanto titolari del potere di impartire direttive sull’esecuzione e sulla disciplina del lavoro, collocandosi così in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto ai lavoratori esposti al rischio. Tale “moltiplicazione” dei soggetti destinatari degli obblighi di sicurezza segnò, a sua volta, il riconoscimento implicito, a livello giuridico, del fatto che la sicurezza del lavoro e la tutela della salute dei lavoratori dipendono, in prima istanza, dall’organizzazione del lavoro; oltre a porre le basi per la successiva elaborazione della teoria sostanzialistico/funzionale per l’individuazione del “garante” (*cf. supra*).¹⁷⁷

A completamento del quadro, occorre segnalare infine un ulteriore significativo intervento riformatore, operato dal d.lgs. 758 del 1994, il quale – inasprendo e razionalizzando il sistema sanzionatorio contravvenzionale già previsto dal Titolo XI del d.P.R. 547/1955 – delineò un articolato meccanismo procedurale a carattere premiale e riparatorio, finalizzato a

¹⁷⁴ Art. 20 (l. n. 833 del 1978), ultimo comma: «*Gli interventi di prevenzione all'interno degli ambienti di lavoro, concernenti la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di misure necessarie ed idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, connesse alla particolarità del lavoro e non previste da specifiche norme di legge, sono effettuati sulla base di esigenze verificate congiuntamente con le rappresentanze sindacali ed il datore di lavoro, secondo le modalità previste dai contratti o accordi collettivi applicati nell'unità produttiva*».

¹⁷⁵ P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Dall’art. 2087 c.c. al Titolo I del d. lgs. n. 81/2008*, Giappichelli Editore, Torino, 2025, p. 9 e s.

¹⁷⁶ art. 4 del d.P.R. 547/1955 “I datori di lavoro, i dirigenti ed i preposti che esercitano, dirigono o sovrintendono alle attività indicate all’art. 1, devono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni e competenze [...]”

¹⁷⁷ M. LEPORE, M. PERSIANI, *il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 12.

promuovere la rimozione delle irregolarità riscontrate durante i controlli sull'osservanza delle norme di sicurezza, poi ripreso e sviluppato dal successivo d.lgs. 81/2008 (art. 301). L'introduzione e formale regolamentazione di questo nuovo modello riparativo esprime una innovativa filosofia regolativa, che privilegia strumenti volti all'ottimizzazione della prevenzione rispetto al tradizionale approccio repressivo-rimediante, valorizzando il ruolo proattivo degli organi ispettivi nel fornire direttive mirate attraverso specifiche prescrizioni.¹⁷⁸

1.5. L'impulso eurounitario e il d.lgs. 626/1994: verso una prevenzione primaria autonormata e soggettivamente partecipata

A partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, i contenuti fondamentali della legislazione interna in materia di salute e sicurezza sul lavoro hanno avuto una derivazione comunitaria. Una tutela armonizzata dell'igiene e della sicurezza costituì, infatti, un presupposto del corretto funzionamento del mercato comune, non potendosi ammettere una concorrenza al ribasso tra Paesi membri. La sicurezza incide sui costi d'impresa e, dunque, sulle dinamiche concorrenziali; di talché, differenze significative tra discipline nazionali potevano alimentare fenomeni di *forum shopping*, ossia delocalizzazioni produttive verso ordinamenti complessivamente meno rigorosi.

L'obiettivo è stato perciò perseguito da numerose direttive, fra cui spicca per importanza la direttiva “quadro” 89/391/CEE del Consiglio, adottata il 12 giugno 1989, “concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro”. Fu con l'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994 che il legislatore diede attuazione della direttiva 89/391/CEE nell'ambito dell'Ordinamento italiano: la nuova disciplina segnò una vera e propria “rivoluzione copernicana” sul piano della concezione della prevenzione, plasticamente rappresentata dal disposto dell'art. 3 del decreto, recante “misure generali di tutela”: si impose l'eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico e, ove ciò non fosse possibile, la loro riduzione al minimo; si introdusse espressamente la programmazione della prevenzione, integrando le condizioni tecniche produttive e organizzative dell'azienda; si affermò, inoltre, la generale priorità delle misure di protezione collettiva rispetto a quelle individuali.

L'innovazione più significativa fu costituita, in ogni caso, dall'introduzione della valutazione dei rischi quale primo presupposto per una mirata gestione della sicurezza, da

¹⁷⁸ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, G. Giappichelli Editore, 2023, Torino, p. 3

consacrare in un apposito documento che esplicitasse le conseguenti misure adottate, da effettuare in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (d'ora dinnanzi, RSPP), del medico competente (d'ora dinnanzi, MC), nonché previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (d'ora dinnanzi, RLS). Venne quindi ampliato il novero delle figure del sistema, con l'introduzione del Servizio di Prevenzione e protezione – la cui istituzione divenne obbligatoria – e la previsione del suo responsabile (d'ora in avanti, RSPP) il quale, assieme al medico competente, divenne strumento per il virtuoso ingresso del sapere scientifico e tecnologico nella valutazione e gestione del rischio lavorativo.¹⁷⁹

risulta perciò già evidente come l'attenzione del legislatore – su impulso eurounitario – si spostò progressivamente dall'aspetto oggettivo-tecnologico a quello soggettivo-relazionale, che considera e valorizza il comportamento di tutte le figure coinvolte nel processo produttivo: d'ora d'innanzi sarà il garante primario stesso a dover valutare preliminarmente i rischi specifici attinenti alla sua organizzazione aziendale, e di conserva elaborare le misure più appropriate rispetto alle specificità del rischio aziendale – assumendo a pieno la responsabilità in ordine all'attiva, coordinata gestione del rischio lavorativo – oltre a doverne far rispettare il contenuto.¹⁸⁰

La procedimentalizzazione e documentazione della valutazione dei rischi incise direttamente sui presupposti dell'imputazione colposa. Da un lato, essa rese normativamente tipico il dovere di preventiva informazione circa la rischiosità dell'attività, dovere già immanente alla colpa quale condizione della prevedibilità, intesa quale riconoscibilità della situazione tipica che impone l'attivazione della cautela. Dall'altro lato, la “cristallizzazione” dell'attività conoscitiva nel DVR rese più agevole lo scrutinio *ex post* sulla sua adeguatezza, e con ciò favorì uno spostamento del fuoco dell'addebito: l'accertamento della colpa poté arretrare sino al momento dell'assunzione del rischio, prospettando schemi di colpa per assunzione allorché l'attività fosse stata organizzata o proseguita in difetto del necessario bagaglio conoscitivo richiesto per governare i rischi prevenzionali.¹⁸¹

Ciò nondimeno, l'affermazione di una concezione più relazionale di prevenzione non segnò la fine della logica cd. tecnologica-oggettiva: rimase fermo il principio secondo il quale

¹⁷⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 3;

¹⁸⁰ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 5;

¹⁸¹ N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, Jovene, 2012, p. 25 e s.

macchine ed ambienti debbono sempre possedere i requisiti e i dispositivi idonei a garantire oggettivamente la sicurezza.¹⁸² Prevenzione oggettiva e soggettivo-organizzativa vennero così a configurarsi come strumenti complementari, destinati ad integrarsi reciprocamente senza escludersi nel perseguimento degli obiettivi di tutela.¹⁸³

In quest'ottica, il ruolo dell'art. 2087 c.c. è mutò sensibilmente: l'imposizione, all'interno di ciascuna impresa, di una specifica valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro, con conseguente adozione di un modello prevenzionistico elaborato direttamente dal soggetto tenuto ad applicarlo e farlo applicare, ha reso infatti solo teorica l'ipotesi di un suo intervento sussidiario.¹⁸⁴ D'ora dinnanzi, il novero delle cautele prevenzionistiche esigibili si sarebbe dovuto esaurire nelle discipline specifiche consacrate nel documento di valutazione dei rischi, unitamente a quelle previste dalla normativa tecnica settoriale obbligatoria di fonte pubblicistica. D'altro canto, i criteri generali di scelta delle stesse, ove rimessa alla discrezionalità datoriale, vennero specificati all'art. 3 del d.lgs. 626/1994 (attualmente, all'art. 15 del d.lgs. 81/2008), recante “misure generali di tutela”: saranno proprio queste ultime a svolgere quella funzione “promozionale” in origine attribuita al 2087 c.c., conferendole maggiore tassatività e determinatezza.¹⁸⁵

Permase tuttavia una sua significativa funzione di chiave di lettura teleologica delle norme del sistema, specie per quel che concerne il “riempimento” delle cautele positive “flessibili”: si tratta di tutte quelle norme che impongono l'adozione di “mezzi idonei”, “strumenti adeguati”, “comportamenti efficaci”. Ebbene, è quindi in questi termini che il 2087 c.c. riuscì e riesce tutt'ora a giocare un ruolo significativo, riproponendo la dibattuta e ancora attuale questione della misura della diligenza esigibile.¹⁸⁶

¹⁸² in questo senso, il decreto non abrogò *in toto* la numerosissima normativa tecnica settoriale degli anni 50', rigida e oggettiva, che fu per lo più trasfusa e sviluppata nei numerosi allegati al d. lgs. 81/2008.

¹⁸³ S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 47.

¹⁸⁴ In questo senso D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, op. cit. p. 212; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 286 – p. 30; particolarmente critico F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 24 secondo cui l'art. 2087 cc dovrebbe costituire un residuo di una stagione legislativa da tempo tramontata, mentre viene ancora utilizzato da una certa giurisprudenza quale dispositivo utile a fondare la contestazione di una colpa specifica fittizia, quando manchi la violazione di una regola cautelare formalizzata, e quindi per consentire l'applicazione dell'aggravante speciale della violazione della normativa antinfortunistica.

¹⁸⁵ D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, op. cit., p. 210.

¹⁸⁶ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 278.

1.6. Il d.lgs. 81/2008 e la dimensione tecnologico-organizzativa della prevenzione primaria

L'ultima fase dell'evoluzione legislativa avviatasi a partire dagli anni Cinquanta si aprì con il conferimento della delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (l. 3 agosto 2007, n. 123), cui seguì l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 il 9 aprile del 2008 (d'ora d'innanzi TUSL). Il Testo unico sostituì il d.lgs. 626/1994 e le normative specifiche cautelari sparse fra vari testi normativi, riorganizzandole in gran parte (anche se non del tutto) nell'ambito di un unico testo legislativo.¹⁸⁷

Di preminente interesse risultano, al fine di comprendere la complessiva logica del sistema attualmente in vigore, le disposizioni del Titolo I, dedicate ai “principi comuni”. Orbene, occorre anzitutto soffermarsi sulle numerosissime definizioni che sono ivi previste, *in primis* quella di “prevenzione”, da identificarsi quale «*il 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 popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*» (art. 2 lett. n).¹⁸⁸

Nel concetto sono quindi ricomprese non solo le “disposizioni” regolative di stampo pubblicistico, ma bensì pure le “misure necessarie” a “evitare o diminuire i rischi professionali”¹⁸⁹. Da ciò si può evincere come la concezione di prevenzione accolta dal TUSL abbia una duplice matrice, al contempo regolativa e operativa: accanto al livello eteronormativo, il sistema incorpora – e in una certa misura istituzionalizza – la dimensione dell'autonormazione organizzativa.

La natura prevenzionistica del complesso di “disposizioni e misure” va colta in chiave funzionale, cioè in rapporto alla loro effettiva idoneità a neutralizzare o contenere i rischi professionali. È lo stesso TUSL, del resto, a indicare l'orizzonte di riferimento nelle “misure

¹⁸⁷ Occorre – per mero scrupolo – sottolineare come il d.lgs.81 del 2008 in realtà non consista tecnicamente in un testo unico, e ciò in quanto sia perché esso non fu emanato secondo la procedura all'epoca previste per l'emanazione dei testi unici (art. 7 della l. n. 50/1999), sia pure perché in materia continuano ad essere tuttora vigenti altri provvedimenti legislativi, anche antecedenti alla sua entrata in vigore (si pensi, al d. lgs. 271/1999 sulle attività a bordo delle navi; al d. lgs. n. 272/1999 sull'ambito portuale; al d. lgs. n. 298/199 sulle navi da pesca; alla l. 191/1974 e ai relativi decreti attuativi in materia di trasporto ferroviario) cfr. P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 13.

¹⁸⁸ Nel diritto positivo, la prima definizione di prevenzione si rinviene all'art. 3, lett. d, della direttiva quadro 89/391/CEE: “Il complesso delle disposizioni o misure prese o previste in tutte le fasi dell'attività nell'impresa per evitare o diminuire i rischi professionali”

¹⁸⁹ S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 12;

generali di tutela” (art. 15), imponendo l’eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo «*in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico*».¹⁹⁰ Ne discende una presa d’atto realistica: la disciplina non postula un ambiente “a rischio zero”, ma un modello di minimizzazione razionale del rischio, parametrato al sapere tecnico-scientifico disponibile.¹⁹¹

Tuttavia, in merito a quest’ultimo aspetto, occorre svolgere qualche ulteriore precisazione. Nell’ambito delle scienze dell’organizzazione e degli studi epidemiologici si suole distinguere tra prevenzione primaria, secondaria e terziaria. La prevenzione primaria presuppone la capacità di analizzare la situazione complessiva di lavoro e di evidenziare in tale analisi gli aspetti delle scelte ad essa inerenti che possano dar luogo a rischi, imponendo la neutralizzazione del rischio già sul piano delle scelte di progettazione dei processi. La prevenzione secondaria e terziaria, per converso, interviene sullo svolgimento in concreto di attività già in atto, cosicché in quest’ottica ogni azione preventiva non può che rivolgersi a rischi già presenti sul luogo di lavoro. Prendendo in analisi le “misure generali di tutela” di cui al già menzionato articolo 15 TUSL, pare chiaro che l’opzione legislativa sia proprio diretta alla radicale eliminazione del rischio e, solo successivamente, alla sua riduzione (si vedano in particolare le lett. *a.* - *c.* - *e.* - *f.*). Ad ulteriore riprova di quanto affermato, si consideri la centralità che il sistema attuale attribuisce alla “valutazione di tutti i rischi”, non a caso indicata alla lett. *a* dell’art. 15: essa si rivela infatti quale metodo principale per realizzare la prevenzione nella sua accezione primaria, in quanto – appunto – permette di “stroncare” i rischi già su un piano di progettazione dell’attività lavorativa, prima che questa abbia inizio.¹⁹²

¹⁹⁰ *cfr.* S. BUOSO, *Principio di prevenzione*, op. ult. cit., p. 48-49, secondo l’Autrice, la nozione di prevenzione accolta dal TUSL, comprende una duplice matrice: da un lato, la tensione verso la radicale eliminazione del rischio – consistente nella “parte” preponderante dell’attività prevenzionistica; dall’altro, la copertura surrogatoria in senso limitativo o riduttivo della dose di rischio ineliminabile.

¹⁹¹ *Cfr.* Cass. civ., Sez. lav., sent. 15 giugno 2020, n. 11546 – la Corte di Cassazione ha precisato infatti come non possa desumersi dall’art. 2087 c.c. – come norma di chiusura del sistema – «*un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire un ambiente di lavoro a “rischio zero”, quando di per sé il pericolo di una lavorazione o di un’attrezzatura non sia eliminabile, così come non può ragionevolmente pretendersi l’adozione di strumenti atti a fronteggiare qualsiasi evenienza che sia fonte di pericolo per l’integrità psico-fisica del lavoratore*». Pertanto, la quota di rischio “residuo” diviene accettabile non in senso assoluto, ma relativo: dopo che si sia riscontrata l’impossibilità di eliminarlo radicalmente, lo stesso deve essere stimato e valutato al fine di capire se eventuali misure protettive possano ridurlo a tollerabile, in quanto non significativo (S. BUOSO, op. ult. cit., p. 52).

¹⁹² P. PASCUCI, *L’obbligo di sicurezza: fonti e principi, Ambiente di lavoro*, op. cit., p. 17; nello stesso senso *cfr.* anche S. BUOSO, op. ult. cit. La differenza giuridica tra prevenzione primaria e secondaria è stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. pen S.U. 38343/18.9.2014) relativa al caso Thyssenkrupp: i giudici, nel sottolineare che il datore di lavoro ha l’obbligo giuridico di analizzare tutti i fattori di pericolo attraverso la redazione del documento di valutazione dei rischi, precisano – con riguardo all’occorso evento di incendio a causa

L'ultima parte dell'art. 2 lett. n, tramite la locuzione “nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno”, congiunge incontrovertibilmente l'azione prevenzionistica alla tutela dei beni fondamentali della salute e dell'ambiente, delineandone l'oggetto e proiettandola oltre la delimitazione del luogo di lavoro. La nozione di “ambiente esterno” è da intendersi sia in relazione alla dimensione “ambientale” ove le nuove prestazioni lavorative “senza luogo” (si pensi ad es. ai *platform workers*) si svolgono, sia pure in riferimento all'ambiente esterno inteso quale “collettore” degli effetti dannosi prodotti dall'attività produttiva. Tuttavia, anche alla luce della più recente esperienza pandemica e della recente costituzionalizzazione del bene “ambiente” agli art. 9 e 41 Cost., pare sempre più realistica (e auspicata) l'ipotesi che l'obbligazione prevenzionistica possa ricomprendere pure la valutazione e apprestamento di idonee misure di prevenzione e protezione rispetto a fattori di rischio “esogeni”, ossia non direttamente promananti dalle attività produttive ma bensì legati alla località in cui è sito l'ambiente di lavoro, per lo meno laddove questi possano incidere anche sulla “comunità di rischio aziendale”.¹⁹³

Un ulteriore definizione di rilievo è fornita dalle lettere s e r dell'art. 2, rispettivamente di rischio e di pericolo: il rischio è «*la probabilità del raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*»; il pericolo è «*la qualità o proprietà di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*». La norma dev'essere letta in combinato disposto con la definizione di prevenzione: oggetto di quest'ultima, e – perciò – dell'intero sistema delineato dal TUSL a essa sicuramente informato, è la neutralizzazione o riduzione al minimo di tutti i rischi, non già i pericoli, per la salute e sicurezza dei lavoratori.

Il “rischio” ha un significato probabilistico, sempre rapportato alle condizioni delle lavorazioni, alle concrete modalità di utilizzo di un fattore o di un agente, alle loro possibili interazioni. Il “pericolo” – per converso – attiene alle proprietà del fattore in sé considerato, pericoloso in quanto tale, a prescindere dalle concrete modalità d'impiego o dalla sua combinazione con altri fattori. Questo spostamento di accento verso il “rischio” – in realtà già

del quale avevano perso la vita sette operai – che la prevenzione primaria consiste nella “radicale” eliminazione della “presenza di materiale infiammabile” ed eliminazione delle “possibili fonti di innesco”, mentre “solo qualora non sia possibile intervenire sulle cause, si deve adottare un sistema di prevenzione secondario sugli effetti e quindi di rilevazione e spegnimento”.

¹⁹³ Si vedano a tal proposito: M. GIOVANNONE, *Ambiente, salute e lavoro nel nuovo art. 41 della Costituzione: perimetri regolativi e prospettive di integrazione*, in *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 197 e s.; S. BUOSO, *La prevenzione oltre il luogo di lavoro*, in *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 101 e s.

introdotto dal d.lgs. 626/1994 – comporta conseguenze sistematiche rilevanti: la prevenzione richiede, accanto ai presidi tecnici, un impianto organizzativo capace di governare variabili probabilistiche mediante programmazione, procedure, controlli, ruoli e competenze.¹⁹⁴

L'art. 15 determina i criteri generali di scelta delle cautele da adottare, delineando con più chiarezza il *quantum* di tutela anticipatoria, in chiave di valorizzazione della dimensione sia oggettivo-organizzativa che soggettiva-partecipativa della prevenzione: oggettivo-organizzativa, in quanto attinente alle cautele dirette ad organizzare un apparato di programmazione, valutazione e controllo tale da poter “anticipatamente” e “oggettivamente” prevenire il rischio secondo criteri documentati, estesi a tutta la situazione di lavoro; per quel che concerne la dimensione soggettiva-partecipativa, vi rientrano le cautele che hanno a che fare con la componente personalistica e relazionale dei soggetti coinvolti nella gestione del rischio, ivi compresi i lavoratori e le loro rappresentanze. In sintesi, l'enfasi posta dall'attuale disciplina sul concetto di “rischio” è rappresentativa della volontà di costruire una sicurezza dell'intero sistema organizzativo, ossia completamente integrata nell'azione operativa, tale da divenirne idealmente indistinguibile.¹⁹⁵

Fra le innovazioni più rilevanti, occorre poi evidenziare la positivizzazione definitiva dell'istituto della delega di funzioni, già ammesso da tempo dalla giurisprudenza, ma la cui concreta conformazione, specie per quel che concerne i requisiti di validità ed efficacia, rimase per lungo tempo controversa. Rinviando la trattazione di tale istituto, occorre già in questa sede segnalare come, in ogni caso, la sua formalizzazione abbia costituito il riconoscimento giuridico di una realtà invalsa ben prima nella prassi imprenditoriale: già da tempo, infatti, essa aveva individuato nella ripartizione inter-soggettiva degli obblighi prevenzionistici la modalità più efficiente di gestione del rischio lavorativo, entro una struttura organizzativa articolata secondo competenze, ruoli e livelli gerarchici.¹⁹⁶

Parimenti significativa è la codificazione del principio di effettività delle funzioni, ora previsto in via generale dall'art. 299 TUSL. Tale norma stabilisce che le posizioni di garanzia attribuite al datore di lavoro, al dirigente e al preposto derivano non solo da una formale

¹⁹⁴ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. cit., p. 221.

¹⁹⁵ A. MONTEFUSCO, *Che cos'è il rischio? Calcolo del rischio*, in *Testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le nuove leggi civili – prima interpretazione*, (a cura di) M. TIRABOSCHI, Giuffrè Editore, 2008, p. 380 s.

¹⁹⁶ M. LEPORE, M. PERSIANI, *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 15.

investitura, ma “altresì” dall'effettivo esercizio dei poteri giuridici tipici individuati dalla legge come peculiari degli archetipi ivi disciplinati. Al fine di controbilanciare il rischio che un criterio così sostanzialistico svalutasse eccessivamente le investiture formali (e con esse le esigenze di certezza nell'individuazione dei garanti), il legislatore ha proceduto a una analitica delimitazione di funzioni e poteri caratteristici delle singole figure, adottando un approccio eclettico: da un lato nelle definizioni (art. 2), dall'altro nella disciplina degli obblighi (Titolo I, Sezione I, Capo III). Sul piano applicativo, questa combinazione tra effettività e tipizzazione delle funzioni rende decisivo il tema della “mappa” organizzativa, ossia della concreta distribuzione dei poteri e dei doveri, con effetti evidenti anche sul modo in cui l'impresa tende a documentare, formalizzare e talvolta irrigidire ruoli e procedure.

Merita inoltre menzione l'espressa responsabilizzazione del lavoratore nell'ambito del sistema complessivo, in quanto l'art. 20 del TUSL oggi prevede – oltre ad una serie di altri obblighi specifici – che *«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»*.

Sembra pertanto “superata” l'idea di lavoratore quale mero “creditore” di sicurezza. L'art. 20 TUSL pare infatti suggerire la sussistenza in suo capo un vero e proprio dovere di autotutela. Si orienta in questo senso la più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. *Cass. Sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 8883, Santini*), secondo la quale il sistema della normativa antinfortunistica si è evoluto passando da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, quale soggetto investito di un obbligo di vigilanza assoluta, ad un modello “collaborativo” in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, ivi compresi i lavoratori stessi.¹⁹⁷

La procedura di valutazione del rischio è attualmente regolata in modo dettagliato dagli articoli 28 e 29 del TUSL, integrandosi con il modello di organizzazione e gestione previsto dal d.lgs. 231/2001. Quest'ultimo viene per la prima volta compiutamente delineato, per lo meno nei suoi caratteri essenziali, dall'art. 30 del TUSL, colmando la genericità spesso lamentata

¹⁹⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 67.

delle scarse indicazioni contenute nella disciplina generale in tema di responsabilità da reato degli enti.¹⁹⁸

La valorizzazione della prevenzione tramite organizzazione viene ulteriormente valorizzata, oltre che in relazione ai rilievi svolti poc'anzi, in forza del disposto di cui all'art. 28 del d.lgs. 81/2008, lettera d) del 2° comma, il quale stabilisce espressamente che il documento di valutazione dei rischi deve contenere, oltre all'indicazione delle misure di prevenzione e protezione, anche «l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri».

L'individuazione esplicita e formalizzata delle procedure di sicurezza e delle funzioni di chi deve attuarle, diviene sia un obbligo specifico, sanzionato autonomamente da apposita contravvenzione, sia pure uno strumento utile alla verifica giudiziale:

1. Della responsabilità penale e civile del garante persona fisica, specie avuto riguardo alle fattispecie di evento di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse in violazione delle norme in materia di sicurezza e salute sul lavoro;

2. Della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, e perciò, sul piano della colpa di organizzazione, per effetto del combinato disposto degli artt. 30 e 300 del d.lgs. 81/2008 e della previsione dei reati di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro fra il catalogo dei cd. reati presupposto (art. 25-septies) di cui agli artt. 24 e successivi del d.lgs. 231 del 2001;

3. Infine, a seguito delle modifiche operate al d.lgs. 81/2008 dal d.lgs. n. 106/2009, anche della responsabilità penale dei datori di lavoro e dei dirigenti per omessa vigilanza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 16, c. 3-bis, secondo periodo; 18, c. 3-bis e 30, 4° comma del TUSL.

Appare perciò chiaro, in definitiva, come il tema dell'organizzazione del lavoro assuma un'inedita rilevanza nell'attuale sistema: *in primis*, essa dev'essere ora finalizzata – oltre che alla produzione dei beni e dei servizi – anche alla sicurezza e salute dei lavoratori, assumendo

¹⁹⁸ A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 296.

un valore centrale e preponderante nell'ambito della procedura di valutazione del rischio e della sua concretizzazione nel DVR, imponendo l'apprestamento anzitutto di cautele di tipo organizzativo, in aggiunta ai già esistenti obblighi di natura tecnica, comportamentali e formativi, ponendo le basi per la procedimentalizzazione della sicurezza e concretizzandosi come principale strumento metodologico per il loro efficace adempimento.

In secondo luogo, come si vedrà, è l'organizzazione stessa a costituire il criterio fondamentale per individuare – alla luce del principio di effettività – la concreta ripartizione di competenze e responsabilità tra i diversi soggetti del sistema di prevenzione. Essa determina altresì l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, assumendo particolare rilievo nella definizione di “ambiente di lavoro” e di “unità produttiva”. Proprio tale fluidità insita nei criteri d'individuazione dei soggetti attivi e passivi dell'obbligazione prevenzionistica datoriale – per la sua intrinseca complessità e per il suo ampio tasso di discrezionalità – costituisce uno dei punti che mettono più a dura prova le categorie che guidano l'imputazione delle penali responsabilità, potendo altresì comportare uno sconfinamento della general-prevenzione in termini di *overdeterrence*.

Tuttavia, prima di poterci addentrare nelle tematiche più strettamente attinenti ai meccanismi che guidano l'imputazione penale dei delitti d'evento nell'ambito della materia di cui si tratta, nonché dei correlati rischi di *chilling effect*, occorre individuare i tratti fondamentali dei doveri-poteri riconnessi a ciascuno degli attori del sistema, per come tali figure sono delineate in astratto. A tale ricostruzione saranno dedicate le pagine che seguono.

2. I soggetti del diritto penale del lavoro

Come si è già avuto modo di constatare, sin dai decreti delegati degli anni Cinquanta, il sistema della sicurezza del lavoro è tradizionalmente fondato su una pluralità di figure di garanti, ciascuna espressiva di distinte funzioni e di diversi livelli di responsabilità organizzativa e gestionale. In origine, esso si basava sulle sole figure del datore di lavoro, del dirigente e del preposto. A partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 626/1994, se ne sono aggiunte di ulteriori, fra le quali spiccano – per rilevanza – quelle del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del medico competente e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Il d.lgs. 81/2008 ha infine disciplinato unitariamente il novero di poteri-doveri riconducibili a ciascuna di esse, accogliendo – come si è già evidenziato – la tesi secondo cui la “fonte” della qualifica soggettiva può consistere congiuntamente nell'investitura formale, ovvero nella posizione rivestita in concreto nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

In via preliminare, occorre notare come – fin dagli anni '50 – la legislazione antinfortunistica abbia da sempre inteso la distribuzione delle responsabilità secondo un modello piramidale, al cui vertice è collocato il maggiore obbligato: il datore di lavoro. Procedendo dalla posizione apicale, il debito viene poi suddiviso “a cascata” tra gli altri soggetti, in una misura che dovrebbe essere proporzionale all’ampiezza e importanza dei poteri attribuiti. Laddove si verifichi un’inadempienza, questa tendenzialmente – per lo meno nelle contestazioni ricorrenti nella prassi delle Procure della Repubblica – viene anzitutto imputata al vertice aziendale, cui poi eventualmente si assommano le negligenze dei quadri intermedi dei processi decisionali e la trascuratezza dell’agente che materialmente compie l’azione lesiva a carico dell’infortunato.¹⁹⁹

La giurisprudenza della Suprema Corte²⁰⁰, all’indomani dell’entrata in vigore del decreto, ha elaborato un criterio per guidare l’imputazione penale in questo peculiare contesto: si tratta della teoria della competenza. Anzitutto, essa ha riconosciuto come – nella giurisprudenza precedente – l’analisi di ruoli e responsabilità venisse generalmente tematizzata entro la categoria della posizione di garanzia, ma con un significato più ampio di quello che essa assume ai fini dell’art. 40, cpv., c.p.

Il contesto della sicurezza del lavoro, infatti, fa emergere con particolare evidenza la centralità dell’idea di rischio: l’intero impianto è conformato per governare l’immane rischio – e gli indicibili pericoli – connessi al fatto che il lavoratore, in ragione del suo inserimento nell’altrui organizzazione aziendale, si fa fragile ingranaggio di un apparato di cui, per definizione, egli non ha il controllo.²⁰¹ Questa asimmetria di poteri, fa sì che i beni giuridici di cui egli è titolare – primi fra tutti, la sua incolumità personale e la sua vita – debbano necessariamente essere protetti da chi, per definizione, dispone dei poteri a tal fine necessari. Costui, senza alcun dubbio, è rappresentato *in primis* dall’imprenditore, ossia da colui che – per tramite della propria attività – dà luogo al rischio lavorativo.

Il rischio lavorativo, in origine categorialmente unico, si declina poi in differenti forme e si manifesta a diversi livelli dell’organizzazione medesima. Pertanto, in ragione del fatto che

¹⁹⁹ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 74.

²⁰⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49821/2012, Lovinson.

²⁰¹ Cfr. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 63. – secondo il quale la posizione di garanzia rivestita dall’imprenditore è riconducibile alla figura della c.d. posizione di controllo, che nasce quando il garante si vede attribuito il potere-dovere (giuridico) di impedire tutti gli eventi lesivi che possano derivare da una particolare fonte di pericolo, sul quale abbia poteri di signoria.

– specie nelle organizzazioni complesse – un solo imprenditore-persona fisica non sarebbe in grado di gestire in prima persona tutti i rischi di cui sopra, egli si deve necessariamente avvalere di altri soggetti, a lui sottoposti, che lo possano a tal fine coadiuvare. Di qui, la previsione delle “altre figure” – diverse dal datore di lavoro – del dirigente, del preposto, del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del medico competente (...). Ciascuna di esse è pertanto investita – in via più o meno autonoma – della gestione di una delle diverse aree di rischio cui, specularmente, corrispondono differenti sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare.²⁰² Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento – da intendersi in senso lato – al soggetto che viene ritenuto “gestore” del rischio. Allora, si può dire in breve: garante è il soggetto che gestisce il rischio, in quanto munito delle necessarie competenze e poteri.²⁰³

La summenzionata teoria, elaborata dalla giurisprudenza, coglie a pieno la filosofia di fondo del d.lgs. 81/2008. Quest'ultimo ha infatti introdotto un elemento di marcata discontinuità rispetto al passato, consistente nell'assoluta rilevanza riservata alla organizzazione del lavoro: sia come elemento in base al quale individuare i beneficiari della normativa, che come contesto da analizzare per identificare i soggetti obbligati all'adempimento delle singole norme di legge. In altre parole, è la conformazione in concreto dell'organizzazione datoriale che permette di capire come possano ripartirsi, tra i soggetti del sistema di prevenzione aziendale, compiti e responsabilità.²⁰⁴

L'insorgere della responsabilità penale in questo settore sovente dipende infatti dalla violazione di doveri funzionali stabiliti dalla legge extra-penale e riferiti alle figure appena menzionate. Le fattispecie poste a presidio dell'effettività del sistema sono – nella maggior parte dei casi – reati propri, realizzabili esclusivamente da determinate categorie di soggetti individuati dal legislatore in relazione alla loro qualifica. Come si è già accennato, quest'ultima può direttamente discendere dalla legge (a titolo “originario”), ma può anche essere trasmessa da parte di un “garante originario” ad un “garante derivato”, per effetto di una delega di funzioni – cui requisiti di validità sono ora formalizzati all'art. 16 del d.lgs. 81 del 2008.²⁰⁵

²⁰² C. BERNASCONI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, op. cit., p. 59.

²⁰³ Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 49821/2012, Lovinson, cit.

²⁰⁴ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 60.

²⁰⁵ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 71.

2.1. Principio di effettività e regolazione funzionalista

La tecnica di regolazione accolta dal TUSL è orientata ad esaltare l'effettività dei ruoli di garanzia. Ciò significa che ai fini dell'individuazione dei principali destinatari degli obblighi prevenzionistici (artt. 2, c. 1°, d.lgs. 81/2008), si è assunto come criterio prevalente l'effettiva posizione che il soggetto riveste nell'ambito dell'organizzazione aziendale, indipendentemente dall'investitura formale di cui egli sia eventualmente provvisto.²⁰⁶

A loro volta, le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2 c. 1° lett. b), d) ed e) – rispettivamente: datore di lavoro, dirigente e preposto – gravano “altresì” su coloro i quali, pur sprovvisti di regolare investitura, esercitano in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti (art. 299). Sul punto sembra opportuno soffermarsi. La Cassazione ha infatti chiarito che *«se è vero che, secondo un risalente e consolidato insegnamento giurisprudenziale, peraltro oggi codificato dall'art. 299, d.lgs. n. 81 del 2008, la 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),²⁰⁷ è altrettanto vero che l'art. 299, cit., attribuisce tale responsabilità in via concorrente (e non esclusiva) a chi, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti al datore di lavoro, non escludendo in alcun modo quella di quest'ultimo»*. Per converso, si è rimarcato essere *«noto che in materia prevenzionistica, il datore di lavoro, titolare degli obblighi prevenzionistici, va individuato sia in colui che risulta parte in senso formale del contratto di lavoro sia nel soggetto che di fatto assume i poteri tipici della figura datoriale»*.²⁰⁸

Si è inteso, pertanto, attribuire una responsabilità prevenzionistica concorrente (e non esclusiva) a chi esercita in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuna di tali tre figure, e si è così tradotta in diritto positivo l'idea per la quale l'individuazione dei soggetti destinatari della normativa debba fondarsi sulle funzioni in concreto esercitate che, pertanto, prevalgono –

²⁰⁶ M. GIOVANNONE, op. ult. cit., p. 61.

²⁰⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 31 agosto 2018, n. 39324; Cass. Pen., sez. IV, 10 aprile 2017, n. 18090; Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2016, n. 39499; Cass. pen., sez. IV, 19 marzo 2012, n. 10704; Cass., SU, 1° luglio 1992, n. 9874.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2015, n. 6723.

almeno secondo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte – sulla qualifica conferita e sulla funzione formalmente attribuita.²⁰⁹

In ogni caso, va segnalato che la compresenza di un “garante formale” e di un “garante di fatto” – anche quando il ruolo del primo sia meramente “apparente” e, dunque, egli non eserciti in concreto i poteri giuridici connessi alla carica di cui risulta formalmente investito – non ne esclude la corresponsabilità per gli illeciti commessi dal secondo.²¹⁰

La disciplina introdotta dall'art. 299 TUSL non è di certo innovativa: ben prima,²¹¹ era infatti stata prevista un'analogia clausola all'art. 2639 del c.c. – con riguardo ai reati societari, ma poi interpretata quale norma di “sistema” – a mente della quale « [...] al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato [...] chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»; nonché – ancor prima – dall'art. 5 c. 1° del d.lgs. 231 del 2001, secondo cui «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: [...] da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

Tuttavia, il raffronto con l'art. 2639 c.c. consente di mettere a fuoco un punto critico: mentre quest'ultimo condiziona l'estensione “di fatto” delle qualifiche all'esercizio *continuativo* e *significativo* dei poteri tipici, l'art. 299 TUSL – pur codificando in via generale il principio di effettività e presentandosi come norma di chiusura del sistema – non riproduce espressamente tali aggettivazioni, limitandosi ad ancorare l'equiparazione all’“esercizio in concreto” dei poteri giuridici riferiti alle figure di datore, dirigente e preposto. Ne deriva il rischio, almeno in astratto, di un'applicazione eccessivamente espansiva, tale da far discendere la qualifica prevenzionistica anche dal compimento isolato e contingente di un singolo atto: esito che, però, mal si concilierebbe con l'esigenza – che il legislatore del TUSL tenta di presidiare tipizzando in modo analitico funzioni e obblighi dei diversi “archetipi” – di assicurare

²⁰⁹ Cfr. nello stesso senso anche Cass. pen., sez. IV, 21 maggio 2019, n. 22079; Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2019, n. 11714.

²¹⁰ Così, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la responsabilità dell'amministratore della società, a cui formalmente fanno capo il rapporto di lavoro con il dipendente e la posizione di garanzia nei confronti dello stesso, non viene meno per il fatto che il menzionato ruolo sia meramente apparente, essendo invero configurabile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 299 d.lgs. 8 aprile 2008, n. 81, la corresponsabilità del datore di lavoro e di colui che, pur se privo di tale investitura, ne eserciti in concreto i poteri giuridici. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 aprile 2023, sent. n. 30167.

²¹¹ L'art. 2639 c.c. nella sua attuale formulazione è infatti stato introdotto per effetto della riforma del diritto societario operata per tramite del d. lgs. 61/2002.

certezza nell'individuazione dei garanti e corrispondenza tra poteri effettivi e debito di sicurezza.²¹²

In questa prospettiva, i requisiti di “stabilità” (continuità/significatività) *ex art. 2639 c.c.* possono essere assunti come criterio ermeneutico di razionalizzazione anche per l'art. 299: ciò al fine di escludere che supplenze meramente occasionali o ingerenze episodiche bastino, da sole, a fondare una posizione di garanzia “di fatto”.²¹³ Tali criteri, tuttavia, appaiono particolarmente calzanti rispetto all'individuazione del datore di lavoro/dirigente, poiché le rispettive qualifiche legali presuppongono – sia pure su piani diversi – un *governo* effettivo dell'organizzazione, radicato nell'esercizio di poteri tipicamente decisionali/gestori e di spesa: onde, per affermarne l'emersione in via fattuale, occorrerà dimostrare che quei poteri siano stati esercitati in modo continuativo e significativo, secondo una logica di certo assimilabile a quella che, nei reati societari, permette di individuare l'amministratore di fatto; per converso, trattandosi di soggetto investito di una funzione eminentemente operativa di sovrintendenza e controllo, l'estensione della qualifica di preposto ben potrà radicarsi anche a fronte di un esercizio contingente dei poteri tipici inerenti alla figura, purché il suo apporto abbia assunto, nel concreto svolgimento delle lavorazioni, un ruolo eziologicamente rilevante rispetto al rischio poi concretizzatosi.²¹⁴

2.2. La delega di funzioni ed i garanti “derivati”

Come si è già avuto modo di accennare, la delega di funzioni è un istituto di origine dottrinale e giurisprudenziale, che riguarda vari settori di attività. Progressivamente, la teoria della delega è stata affinata nel tempo, sino a trovare riconoscimento nella legge, prima implicitamente e poi in via espressa, proprio nell'ambito del diritto penale del lavoro.

Il quadro normativo attualmente vigente recepisce e rispecchia in larga misura gli approdi della giurisprudenza di legittimità, e – a sua volta – il “diritto vivente” si assesta e si

²¹² C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 642 e s.

²¹³ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 73; ID, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. Com.*, 2024, p. 699-718; R. ORLANDI, *Posizione di garanzia e formante giurisprudenziale: alla ricerca della “legalità perduta” del reato omissivo improprio*, in *Cass. pen.*, 12, 2025, p. 3939.

²¹⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 30 e s.

evolve sulla scorta del formante legale.²¹⁵ Già l'art. 1, c. 4-ter, del d.lgs. 626 del 1994 confermava che il datore di lavoro poteva legittimamente ricorrere alla cd. "delega".²¹⁶ Invero, quella disposizione individuava determinati adempimenti non delegabili del datore di lavoro, ammettendo dunque – a contrario – la delegabilità di quelli non specificamente menzionati. Segnatamente, non erano delegabili (all'epoca, come ancora oggi): I) la valutazione dei rischi e l'elaborazione del relativo documento; II) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP).

Pertanto, la giurisprudenza aveva recepito l'istituto della delega sin dagli anni '80 del secolo scorso, elaborando (pur non senza contrasti) i presupposti ed i requisiti in presenza dei quali la stessa poteva essere ritenuta valida ed efficace.

Il quadro attuale è sintetizzabile facendo riferimento al combinato disposto degli artt. 16 e 17 del TUSL, in tema – rispettivamente – di delega di funzioni e di obblighi non delegabili. La "positivizzazione" compiuta dell'istituto, operata dal d.lgs. 81/2008, ha risposto alla duplice esigenza di: da un lato, evitare che il datore di lavoro si serva dello strumento normativo al fine di "far scivolare verso il basso" il rischio penale, addossando a un dipendente in posizione subordinata la responsabilità, individuando "capri espiatori"; dall'altro, acconsentire l'operatività della delega, di modo che essa potesse risultare funzionale a garantire al meglio la sicurezza sul lavoro, essendo – in certi casi – addirittura necessaria per raggiungere lo scopo.

217

Pertanto, il legislatore ha disciplinato l'istituto individuando una serie di requisiti che ne garantiscano l'effettiva funzionalità a garantire una più efficiente ripartizione degli obblighi in tema di prevenzione, e che – pertanto – vengono scolpiti nelle "condizioni" e nei "limiti", di natura sia formale che sostanziale, di cui all'art. 16 TUSL.

2.2.1. I requisiti "formali" e "sostanziali" della delega di funzioni

I requisiti "formali" della delega di funzioni sono i seguenti: I) essa deve anzitutto risultare da atto scritto avente data certa (art. 16, c. 1° lett. a); II) in secondo luogo, occorre

²¹⁵ P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando nella prospettiva della sicurezza sul lavoro*, in (a cura di) L. FOFFANI, G. PELLACANI, R. ORLANDI, L. LODI, *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto locale*, op. cit., p. 95.

²¹⁶ L'art. 1, c. 4-ter del d. lgs. 626/1994 difatti disponeva che «*Nell'ambito degli adempimenti previsti dal presente decreto, il datore di lavoro non può delegare quelli previsti dall'art. 4, commi 1,2,4, lett. a), e 11 primo periodo*».

²¹⁷ P. POMANTI, *Soggetti attivi e connessa problematica sui limiti di efficacia della delega di funzioni*, in (a cura di) A. MANNA, *Il sistema penale in materia di sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 38.

l'accettazione del delegato, sempre per iscritto (art. 16, c. 1°, lett. e); III) infine, alla delega va data adeguata e tempestiva pubblicità (art. 16, c. 2°).²¹⁸

Quanto all'atto scritto avente data certa, è discusso se si tratti di un requisito ad *substantiam* ovvero ad *probationem*.²¹⁹ Segnatamente, considerando le esigenze di affidabilità e chiarezza sottese al disegno delle posizioni di garanzia (sia originarie, che derivate) nell'ambito del decreto, ai fini della validità della delega ciò che più conta è la sua effettività. Ne consegue che, la ragionevole certezza (processuale) circa l'esistenza della medesima, con determinati contenuti e a partire da un preciso momento storico, dovrebbe poter essere desunta secondo le regole generali che presidiano la formazione della prova nel giudizio penale e che ne vanno ad allocare il relativo onere.²²⁰

In ogni caso, pare utile precisare che il rispetto dei requisiti formali è strettamente connesso con le esigenze di “corretta organizzazione” dell'ente, anch'essa funzionale (in un'ottica cautelare) a un puntuale adempimento degli obblighi di prevenzione e – pertanto – alla tutela dei beni giuridici finali, quali la vita e l'incolumità personale dei dipendenti e dei terzi che abbiano a rapportarsi con l'impresa.²²¹ Ne consegue che, la loro mancata osservanza potrebbe dar luogo ad un rimprovero colposo.

²¹⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 245-246 – secondo cui un eventuale difetto di pubblicità non potrebbe avere rilievo ai fini dell'efficacia della delega, «*potendo riflettersi, semmai, esclusivamente sulla disciplina della prova e sull'effettiva attendibilità dell'atto scritto recante la delega e dell'avvenuta accettazione da parte del delegato*». Si ritiene, in genere, che la pubblicità debba essere solo interna, e non anche esterna all'azienda, richiamando in tal senso il parere del Ministro dello sviluppo economico del 7 ottobre 2008, n. 31280. Peraltro, non è possibile escludere che, in casi particolari, la delega debba essere resa nota anche all'esterno, ad es. nel caso di interazione con altre imprese (F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 92-93).

²¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 14352: secondo la quale, in tema di delega di funzioni, «*quanto alla forma della stessa, all'esito di una elaborazione giurisprudenziale formatasi nel corso degli anni, l'efficacia devolutiva della delega di funzioni è subordinata all'esistenza di un atto traslativo dei compiti connessi alla posizione di garanzia del titolare, che sia connotato dai requisiti della chiarezza e della certezza, i quali possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né “ad substantiam” né “ad probationem”*». In senso parzialmente difforme, cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 3107 del 2 ottobre 2013, nella quale espressamente si ritiene necessario «*che sia rigorosamente provata l'esistenza di una delega espressamente e formalmente conferita*», dove però il secondo avverbio (“formalmente”) viene riferito ad una delega in forma scritta «*ad probationem*». Sulla necessità di un atto espresso, inequivoco e certo cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 giugno 2003, n. 26189; Cass. pen., Sez. IV, 1° luglio 2003, n. 27939; Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931).

²²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2018, sent. n. 14352, secondo la quale «*in materia di infortuni sul lavoro, l'onere della prova circa l'avvenuto conferimento della delega di funzioni – e del conseguente trasferimento ad altri soggetti degli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro – grava su chi l'allega, trattandosi di una causa di esclusione di responsabilità*».

²²¹ P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando*, op. cit., p. 101.

Venendo ai requisiti “sostanziali” della delega di funzioni, innanzi tutto il delegato dev’essere persona idonea (art. 16, c. 1°, lett. b), e cioè in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate.²²² Nel caso di verifica di un evento illecito, pertanto, laddove il delegante abbia conferito l’incarico ad un soggetto sprovvisto delle necessarie competenze tecniche, egli potrebbe rispondere – assieme al delegato – in cooperazione colposa (art. 113 c.p.) per *culpa in eligendo*. Specularmente, il delegato “inidoneo” si candida ad un rimprovero per *“colpa per assunzione”*, nella misura in cui egli abbia accettato ed effettivamente assunto un incarico, pur essendo privo delle necessarie competenze tecniche e professionali.²²³

Nel caso in cui la delega non sia valida, occorre interrogarsi su quale possa essere la sua efficacia. Generalmente, laddove il destinatario della delega l’abbia formalmente accettata o – anche in via di mero fatto – abbia assunto i relativi poteri e doveri (ai sensi dell’art. 299 TUSL), egli dovrà considerarsi alla stregua di un “garante” ulteriore.²²⁴ In altre parole, la delega invalida, ma accompagnata dall’effettiva “presa in carico” del bene da parte del delegato, determina un effetto di “moltiplicazione” delle posizioni di garanzia, senza che tuttavia quella del delegante muti in quanto al suo contenuto.²²⁵ Analoga sorte spetta alle deleghe conferite a soggetti già “garanti” in forza di una valida investitura ovvero per la posizione fattualmente rivestita: in tali ipotesi, le funzioni trasferite (ad es. per tramite di una “delega gestoria” ex art. 2381 c.c. ad un amministratore delegato di una società di capitali) si “assommeranno” a quelle già poste in capo al garante-delegato di cui si tratta (pertanto, restando all’es. di cui sopra, la delega non comporterà il venir meno dell’obbligo di garanzia “datoriale” in capo agli altri amministratori non esecutivi, in ordine alle funzioni delegate, ma bensì determinerà una

²²² V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d. lgs. n. 81/2008 e del decreto “correttivo”*. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, p. 87.

²²³ F. D’ALESSANDRO, (voce) *Delega di funzioni*, op. cit., p. 248.

²²⁴ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 71.

²²⁵ Cfr. P. VENEZIANI, *Deleghe e culpa in vigilando*, op. cit., secondo il quale «il vizio della delega non esclude che – quantomeno di fatto – il delegato inidoneo possa andare ad assumere i requisiti tipici del soggetto obbligato ed i connessi doveri in funzione di prevenzione. Peraltro, in caso di delega non solo inidonea, ma addirittura meramente fittizia, il delegato non avrebbe neppure un ruolo di fatto, e quindi si potrebbe discutere sulla effettiva configurabilità di una cooperazione colposa del medesimo con il delegante, che viceversa vedrebbe immutata la propria posizione di garanzia, con l’originaria corona di doveri e di doveri connessi» (p. 103).

“concentrazione” di poteri gestori che potrà al più rilevare in sede di valutazione della colpevolezza).²²⁶

Per quel che concerne, invece, i criteri tali per i quali il delegato possa considerarsi “idoneo”, l’art. 16 (c. 1°, lett. a) dispone che quest’ultimo dev’essere in possesso di «[...] *tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*». In genere, si tende ad escludere che sia sufficiente una generica “affidabilità” della persona, e nemmeno una mera capacità sul piano organizzativo-manageriale, dovendo piuttosto trattarsi di soggetto tecnicamente esperto e dotato di competenze specialistiche nel settore.²²⁷

La delega, inoltre, deve attribuire al delegato «*tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura*» dell’incarico conferito (art. 16, c. 1°, lett. c), nonché «*l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate*» (art. 16, c. 1°, lett. d): non basta pertanto che sia designato un soggetto idoneo, munito delle necessarie competenze tecniche, ma bensì pure che egli sia contestualmente dotato di tutti i poteri organizzativi, gestionali, di controllo e di spesa – tali per i quali egli possa avvalersene al fine di efficacemente fronteggiare, in autonomia, i rischi d’impresa in tema di sicurezza e salute – parametrati alla natura ed entità delle funzioni delegate. Sul punto si sono pronunziate anche le S.U. Thyssenkrupp (Sent. n. 38343/2014), le quali hanno avuto modo di confermare come «*non vi è effetto liberatorio senza attribuzione reale di poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa pertinenti all'ambito delegato. In breve, la delega ha senso se il delegante (perché non sa, perché non può, perché non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui attribuisce effettivamente i pertinenti poteri*».

²²⁶ Cfr. ex multis Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2024, n. 40682 – ove la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire come la delega di funzioni ex art. 16 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, trasferisca su un soggetto, non qualificabile come datore di lavoro, le funzioni del predetto, divenendo il delegato garante a titolo derivativo, mentre la delega di gestione ex art. 2381 c.c., nell’ambito di strutture societarie complesse, attiene alla ripartizione di ruoli e competenze tra i membri del consiglio amministrazione, concentrando i poteri decisionali e di spesa in capo al delegato, già qualificabile come datore di lavoro a titolo originario. (In motivazione, la Corte ha precisato che, in caso di delega di funzioni, residua, in capo al delegante, l’obbligo di vigilanza sul delegato, che risulta assolto, ove sia adottato e attuato un efficace modello organizzativo ex art. 30, comma 4, TUSL, mentre, in ipotesi di delega gestoria di cui all’art. 2381 c.c., l’obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal consiglio di amministrazione al delegato, residuando, in capo all’organo consiliare, i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo).

²²⁷ A tal proposito, in relazione ad una vicenda in cui è stato censurato il contenuto della delega in quanto “privo di specificità per quanto concerne i requisiti di professionalità del responsabile aziendale” e “carente in tema della sussistenza di capacità tecniche dell’indagato”, la Cassazione ha richiamato la necessità che la delega “*investa persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento [...] fermo restando, comunque, l’obbligo, per il datore di lavoro, di vigilare e di controllare che il delegato usi correttamente la delega, secondo quanto la legge prescrive*” (Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2021, sent. n. 13199).

In merito al principio di “non ingerenza” del delegante rispetto alle materie delegate, desumibile implicitamente dal tenore letterale delle summenzionate norme, nonché da una loro lettura teleologicamente orientata, autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare come – segnatamente in relazione alla necessaria “autonomia di spesa” – al delegato debbano essere predisposti tutti i mezzi finanziari necessari, ai quali il medesimo deve poter accedere direttamente, senza che vi sia il bisogno di passare di volta in volta attraverso un’autorizzazione del vertice aziendale. Si esclude, tuttavia, che l’autonomia finanziaria debba essere illimitata, essendo bastevole che essa risulti «congrua rispetto ai poteri attribuiti e parametrata in modo da mettere il delegato nella condizione di poter efficacemente fronteggiare tutte le situazioni contingenti che lo stesso sia chiamato a gestire, purché non dipendenti da carenze strutturali ed organizzative di carattere generale», potendosi ammettere «la possibilità di porre dei limiti ai poteri di spesa del delegato», anche «attraverso un meccanismo che, in relazione a interventi che eccedano determinate soglie, prescriva l’intervento autorizzativo degli organi di vertice dell’impresa».²²⁸

2.2.2. Gli effetti della delega – l’obbligo residuale di “alta vigilanza”

Come si è già accennato, ai sensi del c. 3° dell’art. 16 TUSL primo periodo, «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». In merito alla portata di questa norma, si sono confrontate nel tempo tesi diverse, che hanno contribuito ad un sempre maggiore affinamento del concetto e del meccanismo della delega di funzioni, conducendo a taluni approdi su cui sembra esservi oramai convergenza di opinioni.²²⁹

Anzitutto, vi è un sostanziale accordo in merito all’assunto per cui una delega valida, rispettosa dei requisiti formali e sostanziali sopra esaminati, determina la costituzione di una nuova (ed ulteriore) posizione di garanzia in capo al delegato. Più nello specifico – ribadendo quanto già si è avuto modo di accennare nel Cap. I di questo scritto – l’effetto della delega è rappresentato dall’abilitazione conferita da parte del garante originario (cd. delegante) ad un altro soggetto (cd. delegato) ad esercitare in sua vece i poteri tipici della posizione di garanzia, con i corrispondenti doveri, il cui omesso o negligente adempimento può dar luogo a responsabilità penale. Essa, pertanto, costituisce una “nuova” posizione di garanzia – “creando”, per così dire, un nuovo garante a “titolo derivativo” – al contempo “trasformando”

²²⁸ F. D’ALESSANDRO, (voce) *Delega di funzioni*, op. cit., p. 249.

²²⁹ R. BLAIOTTA, *Chilling effect e governo del rischio lavorativo*, op. cit.

il contenuto dell'obbligazione di garanzia originaria in capo al delegante, che non è più volta all'impedimento diretto dell'evento avverso, ma bensì al controllo sull'operato del nuovo garante.²³⁰ In altre parole, l'obbligo permane in capo al titolare originario, ma muta di contenuto, residuando un dovere di vigilanza o di controllo sull'operato altrui, rilevante *in primis* nella prospettiva dell'omesso impedimento degli eventi lesivi (*ex art. 40 cpv c.p.*).²³¹

Come notato da autorevole dottrina, inoltre, nel sistema delineato dal legislatore la delega è funzionale al trasferimento di singoli obblighi prevenzionistici, e non dell'intera posizione di garanzia del soggetto: diversamente, non si spiegherebbe la permanenza dell'obbligo di vigilanza e controllo che continua a gravare sul delegante in ordine all'esercizio delle funzioni trasferite. Ne discende che le posizioni di garanzia individuate dal legislatore non sono derogabili; tuttavia, quella datoriale può mutare di contenuto in relazione alle funzioni efficacemente trasferite *ex art. 16 TUSL*. Come osservato dalla Suprema Corte, «*le figure dei garanti hanno una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma deriva direttamente dall'investitura o dal fatto. La delega, è invece qualcosa di diverso: essa, nei limiti in cui è consentita dalla legge, opera la traslazione dal delegante al delegato di poteri e responsabilità*».²³²

In definitiva, l'efficacia della delega va quindi apprezzata anzitutto sul piano oggettivo, in rapporto al contenuto normativo dell'obbligo di garanzia che fa capo al delegante: dunque, già sul piano della tipicità, prima ancora che in sede di colpevolezza. Nella prospettiva delle fattispecie colpose sia commissive d'evento che omissive improprie, la condotta del garante primario potrà penalmente dirsi tipica, solo se e nella misura in cui egli abbia violato le regole precauzionali finalizzate ad assicurare un adeguato controllo.²³³ Secondo una diversa opinione,

²³⁰ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 89.

²³¹ P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando*, op. cit., p. 106. Cfr. inoltre G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 437, secondo cui «*in presenza di una delega di competenze, il comportamento dovuto dell'obligato si trasforma: dall'adempimento personale degli obblighi si passa ad un controllo sulla condotta altrui, controllo la cui misura sarà influenzata da molteplici fattori. Non sembra quindi che si possa negare che la delega influisca in quale modo sulla stessa struttura obiettiva del comportamento doveroso*»; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2019, sent. n. 49771, nonché – in materia di reati ambientali – Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2020, n. 17174 – a mente della quale «*l'attribuzione della delega di funzioni non fa venir meno il dovere di controllo del delegante sul corretto espletamento delle funzioni con ferite, sussistendo, tuttavia, la responsabilità di quest'ultimo solo qualora si ravvisino in concreto gli estremi della "culpa in vigilando"*».

²³² Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, sent. n. 49821.

²³³ *Contra* Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 80 e s. – secondo il quale la rilevanza della delega andrebbe apprezzata sul versante dell'imputazione soggettiva, incidendo sulla misura di diligenza concretamente esigibile. In altre parole, il datore di lavoro – in quanto gravato *ex lege* da una posizione di garanzia

per converso, l'inderogabilità della "situazione di garanzia" posta in capo al delegante, impedirebbe l'inquadramento dogmatico della delega sia sul piano della tipicità che su quello della colpevolezza: la delega validamente conferita, opererebbe quale causa di non punibilità *ex art. 51 c.p.* – in termini di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere.²³⁴ Tuttavia, questa tesi è contraddetta dalla giurisprudenza che – come si è già avuto modo di accennare e come si avrà modo di approfondire in seguito – tende a valutarla nella definizione delle relative sfere di competenza, e dunque, precipuamente ai fini dell'interruzione del nesso causale *ex art. 41 c. 2° c.p.*

In relazione all'obbligo residuale di vigilanza, viene in rilievo il secondo periodo dell'art. 16, c. 3°, a mente del quale esso «*si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*». È questo un punto cruciale dell'intera disciplina della delega di funzioni e anche uno dei più oscuri. L'ambito entro il quale deve esercitarsi il dovere di vigilanza del datore di lavoro delegante, la latitudine e le modalità di esercizio di tale dovere, i rapporti tra l'esercizio di tale vigilanza e le previsioni del modello organizzativo eventualmente adottato sono, infatti, soggetti a interpretazioni non sempre concordanti.²³⁵ In giurisprudenza, tende a prevalere l'opinione per la quale – sul piano astratto – l'obbligo residuale di cui si tratta richieda al datore di lavoro un controllo generale di tipo organizzativo, piuttosto che una puntuale vigilanza sull'adempimento dei singoli obblighi delegati. Si tratta, pertanto, di una vigilanza "alta" – destinata ad attuarsi anche (ma non necessariamente) attraverso i sistemi di verifica e controllo previsti dall'art. 30 c. 4°.²³⁶

i cui contenuti sono predeterminati dalla stessa legge – in forza del principio di inderogabilità della legge penale, secondo l'A. un atto negoziale frutto dell'autonomia privata non potrebbe mai validamente modificarne il contenuto (*ex art. 1418 c.c.* il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente). Per converso, posto che la delega non trasferisce la qualifica soggettiva in capo al delegato, questi – nell'ottica del concorso di persone nel reato – resterebbe pur sempre un *extraneus*, mentre al contempo il delegante, quale unico destinatario del precetto, potrebbe vedere esclusa la propria penale responsabilità solo attraverso l'esclusione dell'elemento soggettivo del reato. Tuttavia, quest'impostazione è definitivamente stata superata per lo meno a partire dalla previsione dell'art. 16 TUSL, dacchè è la stessa legge a prevedere la "derogabilità" delle norme che definiscono i doveri del garante primario.

²³⁴ A. DE VITA, *Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa. La cessione a terzi del "debito di sicurezza" e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito*, in (a cura di) M. CATENACCI, V. D'ASCOLA, R. RAMPONI, *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, p. 1514

²³⁵ Cfr. *amplius*: A. DE VITA, *op. ult. cit.*, p. 1521.

²³⁶ In tal senso cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10702. In dottrina, Cfr. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 97 – secondo il quale «non può esistere una modalità di vigilanza presuntivamente corretta, né una automaticamente errata. Evidentemente continuano a permanere varie possibili

Il collegamento operato dall'ultimo periodo del 3° comma all' "adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo" ha spinto infatti la giurisprudenza di legittimità a identificare l'obbligo di vigilanza con la costruzione di un sistema organizzativo idoneo ad assicurare l'adozione delle misure prevenzionistiche previste per legge, o comunque idonee a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro. Sarebbe peraltro contrario a elementari principi di razionalità pretendere che il delegante debba occuparsi di ogni concreta, minuta conformazione di ciascuna lavorazione: se così fosse – invero – il sorvegliante diverrebbe un *alter ego* del delegato e l'istituto della delega si svuoterebbe di ogni significato. A tal proposito, la richiamata giurisprudenza ha avuto modo di notare che *«la delega ha senso se il delegante (perché non sa, perché non può, perché non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui demanda i pertinenti poteri: al delegato vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo. Ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato. Esso riguarda [...] precipuamente la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni»*.²³⁷

Tuttavia, la problematicità di tale previsione si può cogliere laddove essa si presti ad essere interpretata in termini di sostanziale equiparazione fra "colpa di organizzazione" e "colpa dell'organizzatore".²³⁸ La colpa di organizzazione è infatti stata definita dalla nota sentenza ThyssenKrupp come *«il non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato»*. Più in particolare, la colpa di organizzazione censura l'omessa neutralizzazione di rischi normativi, relativi alla commissione di una classe di reati da parte di organi e dipendenti di un ente collettivo. Essa consiste nella violazione di una regola – generalissima – che impone all'ente di auto-organizzarsi in modo da prevenire la commissione di reati da parte di organi o dipendenti. La regola la cui violazione fonda questo rimprovero, pertanto, non è funzionale alla previsione di un ben determinato tipo di evento naturalistico (di pericolo o di danno che sia), come invece avviene per le regole autenticamente cautelari da cui scaturisce la colpa dell'individuo-persona fisica. Orbene, si tratta pertanto di una categoria – quella della colpa di organizzazione – ove il vincolo assiologico penalistico fondamentale in materia di accertamento della colpa delle persone

modalità di adempimento alternative dell'obbligo in capo al delegante, tutte accumulate dal fatto che costui è tenuto ad una condotta organizzativa diligente».

²³⁷ Il passaggio è tratto da Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10702, cit.

²³⁸ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 368 – 378.

fisiche, che impone di riferirsi ad un singolo evento (di danno o di pericolo) per consentire al processo di verificare se un comportamento alternativo l'avrebbe impedito (cd. "causalità della colpa" o "evitabilità"), risulta oltremodo affievolito – di certo in una misura tale da non potersi considerare compatibile con il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole (art. 27 Cost.).²³⁹

Un altro aspetto di fondamentale rilievo, che vale a differenziare i due "meccanismi" imputativi, è la diversità ontologica dei soggetti attivi nei cui confronti viene mosso il rimprovero: rispetto alla colpa d'organizzazione, si tratta di un ente – dotato di una "mente collettiva" in grado di conseguire prestazioni di gran lunga superiori a quelle esigibili da un singolo individuo.²⁴⁰ Al contrario, la diligenza esigibile dall'organizzatore-persona fisica dovrà sempre tener conto della natura "umana" dello stesso, e dunque valorizzarla sia per quel che concerne la valutazione della cd. "componente oggettiva" della colpa²⁴¹; ma soprattutto in chiave di valutazione della dimensione più marcatamente soggettiva della stessa, dovendosi pure accertare l'esigibilità in concreto della (pur doverosa) condotta diligente mancata.²⁴²

Infine, occorre fin da subito evidenziare come – nella prassi – ben potrebbe verificarsi una "discrasia" fra "datore di lavoro" (ex art. 2. c. 1° TUSL) e i soggetti concretamente dotati dei poteri necessari per l'adozione e l'implementazione del M.O.G. Ne discende che – in tale ipotesi – l'adempimento dell'obbligo di vigilanza residuale dovrà necessariamente parametrarsi

²³⁹ Il necessario accertamento del parametro dell'evitabilità anche per quel che concerne la colpa di organizzazione è stato di recente affermato dalla sentenza resa da ultimo dalla Cassazione nel caso Impregilo (Cass., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401). Ivi, la colpa organizzativa è stata descritta come un "doppione della colpa della persona fisica", anch'essa da riferire allo specifico evento (consistente nel reato-presupposto commesso "nell'interesse o vantaggio" dell'ente collettivo), dovendosi accertare anche l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito. Tuttavia, tale affermazione, non vale a falsificare la tesi per la quale tal paradigma imputativo non possa applicarsi in relazione alle persone fisiche: differisce la natura dell'agente modello (lo *standard* sarà sicuramente ben più elevato rispetto all'organizzazione, mentre invece dovrà essere "umanizzato" rispetto a quest'ultima); differente è pure la natura dell'evento cautelato dalla regola violata (reato presupposto per quel che concerne l'ente collettivo; evento pericoloso o di danno per quel che concerne la persona fisica). Cfr. C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "impregilo"*, in *Sist. Pen.*, 27 giugno 2022; ID, *l'uso obliquo della colpa di organizzazione: ripensamenti e regressioni*, (nota a: Cass. Pen., Sez. IV, n. 18413 del 15 febbraio 2022), in *Cass. Pen.*, n. 10, 2023.

²⁴⁰ R. BLAIOTTA, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 399.

²⁴¹ Si tratta di una dimensione che autorevole dottrina ricollega al piano della tipicità dell'illecito colposo, secondo un giudizio modellato sulla regola cautelare secondo il paradigma impersonale dell'*homo eiusdem condicionis et profecionis*; la seconda – per converso – attiene generalmente all'esigibilità in concreto, da intendersi come «concreta possibilità di pretendere l'osservanza», tenendo conto pertanto delle capacità psico-fisiche del soggetto ovvero di circostanze del caso concreto capaci di incidere su quest'ultima. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, n. 4 – 2013, p. 1731.

²⁴² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 334.

ai poteri effettivi del delegante, non potendosi imputare a quest'ultimo negligenze estranee alla sua sfera di competenza.²⁴³

Ma, a maggior ragione, questo costituisce un ulteriore argomento per escludere la sovrapposibilità tra il piano relativo alla *culpa in vigilando* della persona fisica e quello della colpa di organizzazione. Distinzione che, tuttavia, sembra esser messa in crisi dal disposto normativo.²⁴⁴ Lo ha, del resto, implicitamente segnalato la Commissione europea, che – nell'ambito della procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia (n. 4227 del 2010) per il non corretto recepimento degli articoli 5 e 9 della direttiva quadro 89/391 – ha evidenziato, tra l'altro, come il novellato c. 3° dell'art. 16 TUSL potesse comportare una forma di “deresponsabilizzazione” del datore di lavoro-delegante, in possibile violazione dell'art. 5 della direttiva 89/391 CEE.

Quest'ultima disposizione, infatti, consente agli Stati membri la facoltà di prevedere ipotesi di esclusione o diminuzione della responsabilità datoriale, ma soltanto «*per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata*». Ebbene, il meccanismo delineato dall'art. 16, co. 3, TUSL – in virtù del rinvio da questo operato all'art. 30, co. 4, T.U. – sembrerebbe consentire di ritenere in via presuntiva assolto (e viceversa, inadempito) l'obbligo di vigilanza residuale per il sol fatto dell'avvenuta (o mancata) adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo, senza che debbano necessariamente ricorrere le circostanze “eccezionali” richieste dall'art. 5 della direttiva, e dunque – fra l'altro – in violazione della disciplina europea.²⁴⁵

per le motivazioni sopra addotte, è quindi da escludersi – a dispetto della lettera legis – che l'art. 16, c. 3° del TUSL preveda una vera e propria presunzione (sia in *bonam partem* che, a maggior ragione, in *malam partem*) di adempimento al dovere di “alta vigilanza” – laddove l'organo amministrativo abbia adottato ed efficacemente attuato il modello di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 secondo i criteri di cui all'art. 30 TUSL: il delegante continuerà a rispondere laddove il fatto sia espressivo di un deficit organizzativo ad egli attribuibile (e non

²⁴³ P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando*, op. cit., p. 113.

²⁴⁴ A tal proposito cfr. P. VENEZIANI, op. ult. cit., p. 121 – secondo cui «*in effetti, il tenore letterale dell'art. 16, comma 3°, secondo periodo, sotto il profilo della tecnica di formulazione, evoca una presunzione legale: l'obbligo di vigilanza “si intende assolto” in caso di attuazione ed efficace attuazione del modello*».

²⁴⁵ La questione è stata sollevata dalla Commissione, nell'ambito della procedura d'infrazione 2010/4227, cfr. Camera dei deputati, Servizio Studi, legge europea 2013-bis (A.C. 1864). Dossier (ID0008), XVII leg., 2014;

necessariamente anche all'ente in sé), pur in presenza di un M.O.G. adottato ed efficacemente attuato secondo i requisiti posti dall'art. 30 TUSL.²⁴⁶ Rimane tuttavia pur sempre “dubbia” la modalità specifica tramite la quale tal controllo debba doversi svolgere: se è eccessivo, tale da comportare un'ingerenza nell'esercizio delle funzioni delegate, la delega dovrà considerarsi inefficace, con le conseguenze che già si sono analizzate; se – per converso – il controllo dovesse risultare troppo “blando”, il datore di lavoro potrà rispondere per colpa in vigilando in cooperazione colposa con il delegato.

Tuttavia, pare plausibile che in presenza di una delega “corretta” e un M.O.G. ben realizzato, adottato ed efficacemente attuato, non dovrebbe potersi configurare in capo al delegante una condotta colposa tipica. Viceversa, il rischio che – sottolineando come la previsione di cui all'art. 16, comma 3°, cit. non possa sottendere alcuno schema presuntivo – si costringa anche il più ligio dei deleganti a subire quantomeno un processo è reale, e di certo potrebbe costituire un fattore di “raffreddamento”.²⁴⁷

Spostando l'attenzione sul disposto dell'art. 16, c. 3-bis del TUSL, esso ora dispone che *«il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate»*. Orbene, tale disposizione – frutto della novella operata dal “correttivo” del 2009 (art. 12 del d.lgs. n. 106/2009) – disciplina espressamente l'istituto della sub-delega, fugando ogni dubbio in merito alla sua ammissibilità.

I requisiti di validità della sub-delega sono gli stessi previsti per la delega in generale, ma ad essi se ne aggiungono di ulteriori, finalizzati a prevenire una eccessiva dispersione degli obblighi di sicurezza: la scelta di sub-delegare dev'essere difatti concordata con il datore di lavoro; nonché avere ad oggetto solo una parte della delega ricevuta, in quanto – in caso

²⁴⁶ A tal proposito cfr: F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 98; F. D'ALESSANDRO, (voce) *La delega di funzioni*, op. cit., p. 1132; A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. 81 del 2008: analisi e prospettive*, in *DSL*, 2018, 1, p. 44.

²⁴⁷ P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e colpa in vigilando*, op. cit., p. 125.

contrario – verrebbe ad ingenerarsi un meccanismo “a scatole cinesi” idoneo solo a rendere più complessa la ricostruzione delle responsabilità all’interno dell’organizzazione.²⁴⁸

Un ulteriore profilo problematico dell’istituto è rappresentato dal fatto che la delega è espressamente ammessa solo se realizzata “da parte del datore di lavoro”. Pertanto, stando al tenore letterale del c. 1° dell’art. 16 TUSL, sarebbe da escludersi la possibilità che lo strumento possa essere impiegato dal dirigente o dal preposto.²⁴⁹ Orbene, come si avrà modo di argomentare per esteso di seguito, specialmente nell’ambito delle organizzazioni complesse, la linea di demarcazione fra la figura del dirigente e del datore di lavoro non è sempre netta: ciò potrebbe dar luogo, pertanto, ad incertezze in merito alla sua reale efficacia, destinata a rivelarsi esclusivamente *ex post*.

2.2.3. Il rilievo dei prodotti dell’autonormazione datoriale ai fini dell’individuazione del garante competente

Due ulteriori indicazioni normative assumono peculiare rilievo sul piano dei meccanismi di individuazione in concreto dei “garanti” e delle rispettive sfere di competenza. Si tratta dell’art. 28 c. 2° e dell’art. 30 c. 3° del TUSL, quest’ultimo da leggere in combinato disposto con l’art. 6 c. 2° del d.lgs. 231 del 2001. Il primo (art. 28, 2° c., lett. d), in quanto dispone che il DVR deve contenere, fra l’altro, *«l’individuazione delle procedure per l’attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell’organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri»*; il secondo (art. 30 c. 3°) nella misura in cui prevede che *«il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell’organizzazione e dal tipo di attività svolta, un’articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello»*.

Pertanto, sia il documento di valutazione dei rischi, quanto pure il modello di organizzazione e gestione, debbono contenere una analitica “mappa dei poteri e delle responsabilità” relative a ciascuno dei soggetti che partecipino alla gestione organizzata della sicurezza in azienda. D’altro canto, l’art. 6 c. 2° del d.lgs. 231/2001, tramite l’inciso *«in relazione all’estensione dei poteri delegati»*, lega imprescindibilmente l’efficacia esimente del

²⁴⁸ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. ult. cit., p. 100.

²⁴⁹ *Cfr. amplius* R. BLAIOTTA, op. cit., p. 91.

modello – rispetto agli illeciti-presupposto commessi dai soggetti “apicali” di cui all’art. 5, c. 1°, lett. a) del medesimo decreto – alla strutturazione dell’organizzazione mediante la definizione di centri intermedi di imputazione della responsabilità, secondo la logica della delega di funzioni, dovendosi dislocare “sentinelle” – dotate di adeguate competenze e poteri – ciascuna posta a presidio di ogni ambito operativo “a rischio”.²⁵⁰

Più in particolare, se la collettività organizzata viene tradizionalmente considerata quale uno dei principali fattori che ha determinato la moltiplicazione delle posizioni di garanzia, identificate come utile «*strumento categoriale attraverso il quale tentare di dominare la complessità dei profili relazionali plurisoggettivi e plurifunzionali alla base delle organizzazioni complesse*»²⁵¹; l’idea sottostante alla previsione normativa dell’autonormazione datoriale, sia di primo (DVR) che di secondo livello (MOG), è quella di utilizzare le potenzialità della stessa impresa nel perseguimento degli obiettivi pubblicistici di lotta ai fenomeni criminali tradizionalmente insediati nel contesto d’impresa, avvalendosi dell’accurata capacità di diagnosi della propria struttura interna, della conoscenza analitica dei meccanismi di funzionamento, dell’attitudine a indirizzare i comportamenti dei membri e a forgiare «*dispositivi di autorinforzo*»²⁵² volti a mitigare il rischio di verifica di eventi offensivi: l’organizzazione si affranca dal pregiudizio di esser ritenuta un fattore di dispersione delle responsabilità, per tradursi in un’opportunità da utilizzare al meglio per raggiungere gli scopi di protezione d’interesse pubblico.²⁵³

Pertanto, come ha efficacemente rilevato autorevole dottrina, «*la regolamentazione interna all’impresa (sovente formalizzata in documenti come organigrammi, mansionieri, ordini di servizio) si eleva dal piano della mera autonomia privata per assurgere a rilevanza e assumere forza cogente nell’ordinamento generale. La distribuzione di compiti e responsabilità ha un preciso sbocco normativo: è la legge che dispone, sia pure per relationem. In tal modo la funzione di garanzia si fraziona: in luogo di un unico garante una pluralità di posizioni di*

²⁵⁰ A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in (a cura di) G. LATTANZI, P. SEVERINO, *Responsabilità da reato degli enti. Vol. I. Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 257.

²⁵¹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, p. 510.

²⁵² C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir. Annali*, X, 2017, p. 262.

²⁵³ Di qui la felice immagine di una lotta di judo, contrapposta alla lotta di sumo, una manovra di avvolgimento dell’avversario diretta a sfruttare la sua forza contro di lui, da preferire decisamente all’inefficace logica di contrapposizione muscolare tra Stato e imprese che conduce a puntare l’intera posta sull’innalzamento della risposta sanzionatoria. F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459 e s.

*garanzia. L'essenziale (ed è compito dell'imprenditore assicurarlo) è che le attribuzioni e competenze in cui si articola l'organizzazione aziendale ricompongano nel loro insieme, una funzione di garanzia compiuta e adeguata».*²⁵⁴

Tuttavia, occorre svolgere alcune precisazioni. L'autonormazione nel settore oggetto della nostra analisi è delineata come un'attività tendenzialmente verticistica: essa costituisce infatti un compito indelegabile del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 17, lett. a) del T.U. Si è visto come l'individuazione della posizione di garanzia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 299 TUSL, sia strettamente riconnessa all'effettività dei poteri e, pertanto, richieda l'instaurazione effettiva dello speciale rapporto di "affidamento" che si viene ad instaurare fra garante e soggetti titolari dei beni giuridici abbisognevole di protezione. Orbene, affinché l'autonormazione possa assumere un valore tassativizzante in merito all'individuazione dei soggetti responsabili, è imprescindibile che – al momento della programmazione del reticolato di garanti interni all'organizzazione – alla designazione datoriale faccia da contrappunto l'adesione volontaristica da parte del garante *in pectore*.²⁵⁵ D'altro canto, fra i requisiti posti dall'art. 16 T.U. in merito all'istituto della delega di funzioni, vi è sia l'accettazione in forma scritta da parte del delegato; sia pure e soprattutto l'effettivo trasferimento dei poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate.

In secondo luogo, se nella prassi giurisprudenziale risulta assolutamente consueto e agevole ricostruire *ex post* una posizione di garanzia assunta "per fatti concludenti", pur in assenza di formali investiture, l'autonormazione datoriale può comunque assumere un ruolo centrale in chiave ordinatoria e dimostrativa contro tale tendenza. Ciò nella misura in cui essa sia in grado di predeterminare puntualmente – a valle della ripartizione delle funzioni e della distribuzione dei compiti (ad es. l'organigramma, il sistema di deleghe e procure, la ripartizione dei ruoli di controllo interno) – la traduzione pratica dell'articolazione dei poteri impeditivi, sequenziando l'attività complessiva in sotto-processi tracciabili e documentati, segnatamente per quel che concerne la rappresentazione dei flussi decisionali, dei flussi informativi e dei controlli interni.

²⁵⁴ C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 138.

²⁵⁵ S. B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale, Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 355.

Pertanto, le norme procedurali autonormate possono assurgere a “statuto di tutela” per le persone fisiche che operano nel contesto organizzativo, laddove esse siano chiamate – formalmente o informalmente – ad assumere una posizione di garanzia: la procedura fornisce infatti un tracciato di riferimento, che può fungere da “ombrello protettivo” anche nei casi in cui si cerchi di forzare o di indurre il sottoposto a compiere un’azione scorretta, facendo leva sulla predominanza gerarchica interna. Così, eventuali sproporzioni o discrasie tra qualifica assegnata e poteri effettivamente conferiti potranno emergere più agevolmente raffrontando le regole autonormate che attribuiscono la posizione di garanzia e quelle che proceduralizzano l’attività.

Infine, occorre segnalare come – in un’ottica di contrasto ad eventuali fenomeni di *overdeterrence* – lo “sconfinamento” della general-prevenzione negativa possa essere sensibilmente contenuto tramite il corretto adempimento dell’obbligo autopoietico: i prodotti dell’autonormazione, contribuendo ad integrare i precetti delle fattispecie ricorrenti nell’ambito in cui si tratta, sono in grado di orientare il comportamento dei singoli nell’ambito dell’agire organizzato. Più nello specifico, essa costituirà il principale punto di riferimento di ciascun garante (oltreché del giudice, in sede di accertamento *ex post*) in merito al perimetro delle proprie responsabilità, nonché delle prerogative che gli consentono di evitarla²⁵⁶.

Mettendo assieme le indicazioni che pervengono dalle norme fin qui indicate, sembrerebbe di poter concludere che ruoli, competenze e poteri segnano le diverse sfere di responsabilità gestionale ed al contempo definiscono la concreta conformazione, la latitudine delle posizioni di garanzia. Ai fini dell’individuazione del garante responsabile, occorrerà pertanto: I) partire dall’identificazione del rischio che si è concretizzato; II) ricondurlo allo specifico settore (in orizzontale) o del livello (in verticale) cui esso doveva essere “gestito”; III) individuare lo specifico soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che egli concretamente rivestiva nel momento in cui questo si è realizzato.²⁵⁷

Tuttavia, anche in ragione delle considerazioni fin qui svolte, occorre guardarsi bene dall’idea per cui sia sempre possibile ricondurre il rischio ad una sola, circoscritta sfera di competenza. Molto più spesso, al contrario, il rischio di cui l’evento rappresenta la concretizzazione è il risultato della sommatoria di più negligenze, riconducibili alle sfere di

²⁵⁶ S. B. TAVERRITI, *L’autocontrollo penale*, op. ult. cit., p. 358.

²⁵⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 34; F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 70.

competenza di più soggetti, da sole non autosufficienti a causare all'evento lesivo – pericoloso o di danno – concretamente verificatosi. Pertanto, competenza e relazionalità sono le due lenti di lettura cui non si può prescindere ai fini di comprendere come l'attribuzione delle responsabilità si articoli in questo peculiare contesto.²⁵⁸

È il sistema stesso sovente a prestarsi, senza alcun dubbio in via “preterintenzionale”, a dar luogo ad una moltiplicazione delle posizioni di garanzia, nonché – soprattutto – un'indebita sovrapposizione delle stesse: lo si è visto in relazione al disposto di cui all'art. 299 TUSL e alle criticità relative all'impiego congiunto di un criterio formale e sostanziale al fine dell'individuazione dei garanti cd. “originari”; lo si è riscontrato in relazione alle “zone d'ombra” che minano l'efficacia della delega di funzioni di cui all'art. 16 del T.U. Ciò nondimeno, l'idea – immanente al presente disegno normativo – di una prevenzione organizzata e soggettivamente partecipata, sovente impone ai diversi soggetti di interagire tra di loro – in via, per così dire, istituzionale – ciascuno apportando il proprio contributo secondo le rispettive competenze: in tali ipotesi, la corresponsabilizzazione di tali attori, laddove essi abbiano contribuito cumulativamente alla produzione dell'illecito, è una conseguenza obbligata e senza alcun dubbio corretta – prima ancora che sul piano giuridico – nell'ottica del perseguimento di esigenze di giustizia “sostanziale”. In ogni caso, si è pure evidenziato quanto una corretta valorizzazione dell'autonormazione possa risolvere molte delle problematiche riscontrate, anche in una prospettiva di neutralizzazione dell'effetto di raffreddamento che tali incertezze possono destare.

Svolte pertanto tali considerazioni di principio, occorre ora analizzare le norme del T.U. che disciplinano in via astratta il novero dei poteri-doveri di ciascun attore della sicurezza: tali qualifiche, come si è già affermato, costituiscono i “contenitori concettuali” tramite i quali analizzare i ruoli e le correlate responsabilità: da un lato le categorie giuridiche, i modelli d'agente, dall'altro i concreti ruoli esercitati da ciascuno. Alla loro sintetica analisi saranno pertanto dedicate le pagine che seguono.

2.3. Il datore di lavoro e il dirigente (art. 2, c. 1°, lett. b e d TUSL)

Al centro della rete di garanzia stesa dal TUSL si colloca la figura del “datore di lavoro”, principale garante della tutela dei beni giuridici coinvolti nella produzione. In ragione dei poteri di fatto e di diritto che tipicamente lo caratterizzano, il datore di lavoro è visto dal sistema come

²⁵⁸ R. BLAIOTTA, *Carichi esigibili e produttività, ma anche qualità del decidere e rispetto del codice*, in *Cassazione penale*, fasc. 6, 2009, p. 2263.

il naturale aggressore dell'incolumità dei lavoratori, ma – specularmente – anche come il loro principale tutore.²⁵⁹

In base all'art. 2, c. 1°, lett b), d.lgs. n. 81 del 2008, così come modificato e integrato dal d.lgs. 106 del 2009, il datore di lavoro, nelle aziende private, è il «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».

Come si evince dalla definizione, il criterio di riconoscimento della figura del primo garante della sicurezza è composto sia da un indice formale – la titolarità del rapporto di lavoro – che da uno sostanziale, riferibile al potere di spesa e gestionale di fatto disimpegnato entro la struttura organizzativa. La combinazione di indici formali e sostanziali si pone in linea con il precedente assetto normativo, in particolare con il d.lgs. 626 del 1994 così come novellato dal “correttivo” di cui al d.lgs. 242/1996.²⁶⁰

La nozione “sostanziale”, più nello specifico, si aggancia ad un duplice parametro identificativo connesso, da un lato, al concetto di effettività del ruolo apicale – da intendere come capacità di incidenza sulle fonti di rischio ed evidenziato dall'esercizio in concreto dei poteri decisionali e di spesa – e, dall'altro, al requisito per cui la potestà decisionale e di spesa si debba proiettare sull'organizzazione aziendale nella sua totalità ovvero su di una sua unità produttiva, non potendosi essa limitare all'adozione delle sole misure concernenti la salute e la sicurezza sul lavoro.²⁶¹

Per effetto della novella del 2008, datore di lavoro non è più il soggetto che “ha la responsabilità dell'impresa” – ma bensì – colui che “ha la responsabilità dell'organizzazione” dell'impresa o di una sua unità produttiva. Mentre nella definizione contenuta nel d.lgs. 626/1994 la parola “organizzazione” valeva ad individuare l'assetto dell'impresa ex art. 2082 c.c., nella nuova disciplina essa si identifica con la stessa impresa nonché con qualsiasi altra entità, ancorché non imprenditoriale e scarsamente strutturata, nella quale il lavoratore operi e

²⁵⁹ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. Comm.*, f. 4, 2024, p. 699.

²⁶⁰ L'art. 2, c. 1°, lett. b) del d. lgs. 626/1994 – a seguito della novella – difatti definiva il datore di lavoro (privato) come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva [...] in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa.»

²⁶¹ C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *I WP di Olympus*, n. 7/2012, p. 8.

della quale, in ossequio al principio di effettività, il soggetto qualificato come datore di lavoro abbia – per poter esser definito tale – la responsabilità, resa palese dall’esercizio dei poteri decisionali e di spesa.²⁶²

Centrale, nell’ambito della definizione fornita dal TUSL, è pertanto il concetto di “organizzazione” e di “unità produttiva”. Può infatti accadere che, in forza della coesistenza di più unità produttive nell’ambito della medesima organizzazione aziendale complessivamente intesa, sussistano più “datori di lavoro” in senso sostanziale, su cui incombono tutti gli adempimenti prevenzionistici e le relative responsabilità: questa “moltiplicazione” – in applicazione del principio di effettività dei garanti primari – viene generalmente definita come “multidatorialità” a fini prevenzionistici.²⁶³

Il concetto di unità produttiva è definito dall’art. 2 c. 1° lett. t), quale «*stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale*». La definizione è assai ampia, potendo riguardare entità di diverso genere. In ogni caso, gli elementi che la caratterizzano constano congiuntamente nell’autonomia “funzionale” e “finanziaria”: si deve pertanto trattare di un’articolazione interna dell’organizzazione, che sia in grado di produrre propri processi decisionali e gestori, nonché autonoma in quanto dotata risorse economiche proprie, in misura adeguata alle finalità prevenzionistiche della stessa, avuto riguardo alla sua natura e dimensione.²⁶⁴

Nella prassi applicativa, la linea di confine tra datore di lavoro (in senso prevenzionistico) e dirigente non è sempre nitida. Ciò dipende dal fatto che, se in astratto il criterio di distinzione sembra netto, in concreto – specie nelle organizzazioni complesse – quando nell’impresa convivono un datore di lavoro “apicale” e figure preposte alla gestione di singole unità (ad es. il direttore di stabilimento), il rischio di sovrapposizioni qualificatorie è elevato: soggetti che, in concreto, operano come dirigenti possono essere “letti” come datori di lavoro di unità produttive (e viceversa).

Questa ambiguità non è solo teorica, ma produce effetti molto concreti sul piano dell’imputazione: l’azione penale tende spesso a coinvolgere un insieme “a grappolo” di

²⁶² G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it, n. 91/2009, p. 5-6. cit. da M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale*, op. cit., p. 63.

²⁶³ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 85.

²⁶⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 36

posizioni apicali e intermedie, includendo anche chi, per difetto di autonomia decisionale e di spesa, non dovrebbe essere chiamato a rispondere come datore di lavoro (ex art. 113 c.p.). Inoltre, come si è accennato in tema di delega di funzioni, le evidenziate ambiguità attinenti alla classificazione del soggetto in termini datoriali o dirigenziali (ai fini prevenzionistici), si riverberano sull'efficacia delle deleghe da costoro eventualmente conferite: laddove questi venissero ritenuti “dirigenti”, secondo una valutazione ex post svolta in sede giudiziale, queste ultime dovranno considerarsi inefficaci. Infine, il fenomeno della “multidatorialità” qui sinteticamente esposto, si riverbera inoltre sull'esigibilità da parte del datore – in sede di valutazione del suo esatto adempimento all'obbligo di “alta vigilanza” sui delegati – rispetto all'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione ex art. 30 TUSL (cfr. supra).

2.3.1. Il datore di lavoro nella pubblica amministrazione

Una considerazione a parte merita l'individuazione del “datore di lavoro” nell'ambito del settore pubblico, certo non residuale per estensione e importanza. Come si è già accennato, l'art. 3, c. 1° del T.U. estende l'ambito applicativo della disciplina a tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutte le tipologie di rischio – fatte salve alcune istituzioni, quali ad esempio le Forze armate e di Polizia, ove è previsto che le disposizioni del T.U. siano applicate tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o delle specificità organizzative.

La pubblica amministrazione, tuttavia, presenta peculiarità che giustificano una disciplina distinta, specialmente per ciò che attiene all'individuazione del garante primario. Egli è definito all'art. 2., c. 1°, lett. b) come «[...] 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».

Nella misura in cui il TUSL non fornisce una definizione di “organo di vertice” – questa dovrà ricercarsi anzitutto nella disciplina legislativa in cui è posta – ovvero sia, il d.lgs. 165 del 2001 (T.U. del pubblico impiego): come si può evincere dall'art. 4 del summenzionato decreto, nell'ambito delle P.A. si riscontra quasi nella totalità dei casi la compresenza di un organo di

vertice di carattere politico e di un apparato amministrativo: il primo esercita le funzioni di indirizzo politico-amministrativo – definendo gli obiettivi, i programmi da attuare; compiendo tutti gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni; verificando la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Il secondo è impersonificato dai funzionari muniti di qualifica dirigenziale, cui spetta l’adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi – ivi compresi quelli che impegnano l’amministrazione verso l’esterno; la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo; la responsabilità in via esclusiva dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.²⁶⁵

Rispetto alla previgente disciplina, il d.lgs. 81/2008 prevede che – in caso di omessa o non conforme individuazione del datore di lavoro nell’organigramma dell’amministrazione – la qualifica tocchi all’organo di vertice (ad es. il sindaco di un comune).²⁶⁶ Ne consegue che, in questo peculiare ambito, l’individuazione formale del dirigente (o del funzionario sprovvisto di qualifica dirigenziale, ma preposto a un ufficio avente autonomia gestionale e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa) è indispensabile, oltreché doverosa. In caso contrario, difatti, la mancata o scorretta individuazione del datore di lavoro ai fini dell’implementazione della sicurezza comporta l’inadempimento di uno specifico obbligo organizzativo, gravante sull’organo di direzione politica, di per sé in grado di indiziare la mancata realizzazione del sistema di prevenzione interno e quindi l’inadempimento dei doveri di sicurezza.²⁶⁷

L’atto con il quale si determina l’ingresso di nuovi garanti nell’organizzazione è genericamente denominato “indicazione”,²⁶⁸ e produce – secondo l’opinione più

²⁶⁵ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 53.

²⁶⁶ Cfr. Cass. pen., sez III, 20 aprile 2012, n. 15206.

²⁶⁷ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 78. La previsione secondo cui, in caso di omessa o non conforme individuazione, la qualità di datore di lavoro si costituisce *ex novo* in via sussidiaria in capo all’organo di vertice, pare assumere una valenza sanzionatoria, finalizzata a scoraggiare atteggiamenti dilatori o inappropriati del medesimo. P. PASCUCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2025, p. 96.

²⁶⁸ L’indicazione, pur consistendo in un atto interno alla struttura, conserva la natura di provvedimento di “alta amministrazione” e pertanto è generalmente soggetto ad una disciplina più rigida di quelle negoziali civilistiche. Cfr. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 78; R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 53.

condivisibile²⁶⁹ – effetti non dissimili a quelli della delega di funzioni:²⁷⁰ il dirigente assume un autonomo ruolo nella gestione della sicurezza nella misura determinata dai poteri e dalle risorse che gli sono state in concreto conferite.²⁷¹ In altre parole, pur nelle diversità di forme, il regime di traslazione opera se ed in quanto sussistano i requisiti essenziali previsti in generale in tema di delega di funzioni (art. 16 TUSL), ovverosia: da un lato, l'individuazione puntuale dell'ambito della gestione del rischio demandata e l'attribuzione effettiva di tutti i poteri gestori e di spesa necessari; dall'altro, il mantenimento in capo all'organo di vertice dell'obbligo di vigilanza “alta”, previsto in generale dall'art 16 c. 3°, il cui adempimento si svolgerà nelle modalità dettate dalle peculiarità dell'organizzazione pubblicistica.²⁷²

In ogni caso, occorre rilevare come il criterio di identificazione del datore di lavoro pubblico di cui alla lett. b) dell'art. 2 c. 1° strida in via tendenziale con il principio di effettività: al fine di valorizzare il disposto dell'art. 299 anche rispetto a questa figura, autorevole dottrina è giunta ad ipotizzare che, laddove possa ravvisarsi un dirigente il quale – pur sprovvisto di regolare investitura – eserciti di fatto i poteri gestionali e di spesa propri del “datore di lavoro”, la relativa posizione di garanzia debba ritenersi gravante tanto sull'organo di vertice, quanto pure sul dirigente stesso.²⁷³

²⁶⁹ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 55. Secondo un certo indirizzo espresso in alcune pronunzie della Suprema Corte, l'individuazione determinerebbe al contrario la genetica attribuzione piena del ruolo datoriale – non essendo assimilabile alla delega – in quanto ai soggetti pubblici non si applicherebbe l'art. 30 del TU inerente alla responsabilità amministrativa da reato dell'ente, richiamata dal c. 3-bis dell'art. 16 TUSL. Cfr. Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2017, n. 8119, Bonito, Cass., Sez. IV, 12 maggio 2015, n. 22415, Borghi, in *CED Cass.* n. 263873.

²⁷⁰ La equiparazione alla delega qui proposta deve intendersi in esclusivo riferimento all'efficacia che l'individuazione produce. Occorre infatti sottolineare come il dirigente riveste la qualifica datoriale a titolo originario e non derivativo, e sempre a titolo originario risulterà debitore di sicurezza nei confronti dei lavoratori: non a caso si parla di “individuazione”, come a significare che il datore di lavoro già esiste in astratto e vada appunto individuato in concreto. Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *lavoro nelle p.a.*, f. 3-4, 2009, p. 559.

²⁷¹ L'atto di individuazione, al pari della delega di funzioni *ex art. 16 TUSL*, deve ispirarsi ai criteri fondamentali indicati dal legislatore, finalizzati a garantire che essa raggiunga lo scopo di creare un sistema prevenzionistico in grado di tutelare adeguatamente i lavoratori: in tal senso vanno letti i requisiti della “dirigenza con poteri di gestione” e della “dotazione di autonomi poteri decisionali e di spesa”. P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 95.

²⁷² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 55. Nello stesso senso cfr. P. PASCUCCI, op. ult. cit., secondo il quale «[...] anche alla luce della nuova norma, sembra trovare ancora fondamento quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui in capo agli organi di vertice (in particolare il soggetto apicale: sindaco, presidente della provincia ecc.) residuerebbe comunque una responsabilità concorrente connessa alla violazione del generale dovere di vigilanza sull'operato del dirigente individuato come datore di lavoro, con la fondamentale precisazione che il controllo richiesto non pare atteggiarsi come obbligo autonomo, bensì come una sorta di dovere di verifica dell'idoneità del prescelto in ragione del suo concreto operare».

²⁷³ G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.it*, n. 91/2009, p. 12

2.3.2. Il dirigente

Come si è accennato, l'obbligazione attinente ad un livello adeguato di prevenzione degli infortuni non si colloca esclusivamente in capo al datore di lavoro. La legge infatti riconosce altri garanti, a quest'ultimo subordinati: tra questi, ai sensi dell'art. 2, lett. d) del TUSL, vi è il “dirigente”, definito come la «*persona che, in ragione delle competenze professionali e dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa*».

Si tratta pertanto di una figura “intermedia” – posta fra quella sovra-ordinata del datore di lavoro e quella sotto-ordinata del preposto. Più nello specifico, così come ha avuto modo di specificare la giurisprudenza di legittimità, egli rappresenta un *alter ego* del datore di lavoro²⁷⁴ – da indentificarsi quale “tipo” particolare di dipendente, investito del compito di impartire ordini ed esercitare la necessaria vigilanza – titolare dei medesimi obblighi di organizzazione, direzione e controllo di cui all'art. 18 TUSL – cui egli è tenuto ad adempiere, cooperando con il datore di lavoro, pur tuttavia “secondo le attribuzioni e competenze” da quest'ultimo conferitegli.²⁷⁵

L'elemento differenziale fra questa figura e quella affine di “datore di lavoro” consiste non tanto nella carenza di poteri decisionali e di spesa (di cui anch'egli dispone), ma bensì nella misura e nell'autonomia del loro esercizio: il dirigente – infatti – non può dirsi responsabile delle strategie gestionali complessive. Il datore di lavoro elabora gli indirizzi, il dirigente li attua, il preposto vigila sulla loro esecuzione.²⁷⁶

Ne consegue che la sua sfera di responsabilità è conformata dai poteri e dagli specifici doveri attribuitegli dal datore di lavoro: se al datore di lavoro non è concesso esimersi dall'adempimento degli obblighi in materia di sicurezza, in ragione dell'ambito di attività dell'organizzazione della quale egli ha la responsabilità, il dirigente risponde solo entro i confini delle sue esclusive attribuzioni e competenze. Segnatamente, poiché gli obblighi di organizzazione, direzione e controllo di cui all'art. 18 gravano sui dirigenti “secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite”, la titolarità e l'effettività di tali poteri del

²⁷⁴ G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 117.

²⁷⁵ G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, op. cit., p. 13.

²⁷⁶ P. PASCUCI, *I principi fondamentali*, op. ult. cit., p. 99.

collaboratore possono giustificare l'esonero da responsabilità del datore di lavoro, laddove il rischio concretizzatosi sia connesso a tali compiti e non siano in questione scelte aziendali di fondo costituenti inalienabile prerogativa del garante primario.

In ogni caso, anche rispetto alla figura del dirigente (come quella del preposto), non è richiesto il conferimento di una delega o di un'investitura formale:²⁷⁷ il ruolo può derivare infatti, in forza della clausola generale di cui all'art. 299 TUSL, anche dall'esercizio di fatto dei poteri giuridici riconducibili per legge a tale figura. Il principio è stato affermato dalle S.U. in relazione al caso ThyssenKrupp. Com'è noto, la vicenda sottoposta all'attenzione della Corte riguardò il tragico incendio occorso la notte fra il 5 e il 6 dicembre presso lo stabilimento di Torino della TKAST, che portò alla morte di 7 operai. In tale occasione, le Sezioni Unite hanno valorizzato in modo particolarmente netto la continuità fra gli approdi giurisprudenziali pregressi e il tenore del Testo Unico, osservando come l'art. 299 non si limiti a "ratificare" un dato già acquisito, ma offra una vera e propria chiave ricostruttiva della nascita e della conformazione della posizione di garanzia: l'acquisizione della veste di garante può avvenire per investitura formale, ma anche per esercizio in concreto dei poteri giuridici tipici delle diverse figure. In tal senso, la Corte richiama l'esigenza – specie nelle organizzazioni complesse – di muovere non già dalla qualifica astratta, bensì dall'identificazione del rischio concretizzatosi e del livello (verticale) e settore (orizzontale) in cui si colloca il soggetto deputato a governarlo: ruoli, competenze e poteri segnano infatti le diverse sfere di responsabilità gestionale e definiscono la latitudine della posizione di garanzia, secondo una logica che distingue – pur con inevitabili zone d'interferenza – l'area del preposto (esecuzione della prestazione), quella del dirigente (dettaglio dell'organizzazione dell'attività) e quella del datore di lavoro (scelte gestionali di fondo). Ne discende che l'individuazione del *dirigente di fatto* richiede una verifica sostanziale, ancorata a condotte significative e ricorrenti di organizzazione, direzione e controllo (o, comunque, di gestione di segmenti rilevanti del rischio), secondo una ricognizione "personalizzante" della responsabilità che mira ad evitare attribuzioni automatiche e indiscriminate.

È precisamente lungo tale itinerario che le Sezioni Unite risolvono, nel caso di specie, il problema della responsabilità concorsuale di alcuni dirigenti coinvolti nelle scelte di "politica della sicurezza" che condussero – fra l'altro – al rinvio dell'installazione di sistemi automatici antincendio e, più in generale, alla minimizzazione delle cautele in vista della dismissione e del trasferimento degli impianti. In particolare, la Corte diede rilievo, da un lato, al rango gerarchico e alle qualificate competenze prevenzionistiche dei soggetti; dall'altro, ai *ruoli concretamente esercitati* nell'iter decisionale, sino a tratteggiare – accanto al direttore dello stabilimento – la

²⁷⁷ La qualifica dirigenziale ai fini della sicurezza, peraltro, può talora non coincidere con l'omonima qualifica lavoristica di cui all'art. 2095 c.c. – ben potendo essa attribuirsi anche a dipendenti inquadrati come quadri o impiegati, qualora svolgano di fatto funzioni organizzative collocate immediatamente al di sotto del datore di lavoro

figura di un imputato ritenuto “dirigente di fatto”, in quanto stabilmente presente nelle vicende prevenzionistiche e operativamente inserito nell’organizzazione della manutenzione e della gestione dell’emergenza (anche mediante ordini gerarchici rivolti ai capi turno), oltre che coinvolto nelle attività di sicurezza in stretta collaborazione con altre figure tecniche. Soprattutto, la Corte chiarisce che, in simili contesti, l’apporto dirigenziale può assumere la forma di una cooperazione “non autosufficiente” sul piano causale isolatamente considerata, ma penalmente rilevante quale contributo colposo integrato nel processo decisionale complessivo: è il comune coinvolgimento nella gestione del rischio – imposto da esigenze organizzative – a fungere da “collante”, fondando doveri di interlocuzione critica e di segnalazione, e collocando la condotta del dirigente (anche di fatto) nel paradigma della cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.*

2.3.3. Gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente

Come si è già avuto modo di argomentare nella sezione dedicata all’analisi storico-normativa del sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, la norma che ne costituisce la “chiave di volta” è senza alcun dubbio l’art. 2087 c.c. Essa difatti fonda la posizione di garanzia datoriale e ne individua i fondamentali contenuti, ma per poter essere colta nella sua dimensione più marcatamente precettiva, questa dovrà leggersi in filigrana con i numerosi obblighi previsti dal T.U.: al Titolo I sono elencati quelli di carattere generale, mentre nei titoli dal II al XI vengono individuati i doveri di carattere specifico, posti in relazione a determinate fonti di rischio.

Venendo all’analisi degli obblighi del datore di lavoro e del dirigente, questi sono disciplinati unitariamente principalmente nell’ambito dell’articolo 18 del TUSL, recante “obblighi del datore di lavoro e del dirigente”. Alcuni doveri sono tuttavia espressamente riferiti in via esclusiva al datore di lavoro, in quanto non delegabili ai sensi dell’art. 17 TUSL: si tratta della preliminare valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento di cui all’art. 28 TUSL; nonché della designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

La scelta di una elencazione indistinta di obblighi non è senza dubbio casuale: la relazione illustrativa dello schema di Decreto legislativo enuncia a questo riguardo che l’art. 18 “identifica gli obblighi delegabili al dirigente”. Tuttavia, la lettura congiunta degli artt. 299, 18 e 55 esclude che gli obblighi di dirigente e preposto discendano necessariamente da una delega

formale *ex art. 16 TUSL*.²⁷⁸ Se infatti i poteri del dirigente dovessero trovare fondamento esclusivo nella delega, dovrebbe dedursi che, ove questo atto manchi, tutte le responsabilità ricadrebbero sul datore di lavoro. Per converso, quando il legislatore impiega la formula *“secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite”* allude ai ruoli istituzionali di tali figure che, in una certa misura, si conformano all'interno di ciascuna organizzazione, definendosi reciprocamente. Ad esempio, la presenza di un dirigente munito di ampi poteri può limitare la portata di obblighi del datore di lavoro sul piano della ordinaria gestione, che esulino – quindi – dalle fondamentali scelte aziendali e non siano coinvolti nell'attività di “alta” vigilanza comunque gravante sul datore di lavoro.²⁷⁹

Seppur l'art. 18 preveda un elenco lunghissimo di obblighi, fra di essi assumono una primaria rilevanza sul piano sistemico: I) la valutazione dei rischi e la redazione del relativo documento; II) i doveri di formazione, informazione e addestramento; III) l'obbligo di vigilanza.

2.3.3.1. La valutazione dei rischi e la redazione del relativo documento

La redazione del documento di valutazione dei rischi costituisce un adempimento fondamentale – disciplinato dall'art. 29 del TUSL – che dev'essere effettuato entro novanta giorni dall'avvio dell'attività. Per il tramite della valutazione dei rischi, il datore di lavoro – assieme al responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente, che devono collaborare alla redazione del documento apportando il proprio sapere tecnico-scientifico – individua le specifiche regole cautelari che egli sarà poi chiamato a rispettare, sulla scorta dei criteri elencati in via generale dall'art. 15 TUSL.

La valutazione dei rischi viene definita come *«l'analisi globale e documentata di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza»*.²⁸⁰ I rischi che debbono essere valutati sono poi enucleati all'art. 28, che contiene un elenco piuttosto ampio, comprendente – ad esempio – anche i rischi collegati allo *stress*-lavoro correlato e persino quelli connessi alle differenze di genere.

²⁷⁸ In questo senso *cfr.* M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 72

²⁷⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 39.

²⁸⁰ Art. 2, comma 1°, lett. q), d.lgs. n. 81/2008.

All'art. 29, c. 3°, si prevede che la valutazione debba essere «*immediatamente*» rielaborata nel caso di modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro, in relazione al grado di evoluzione della tecnica, in caso di verifica di infortuni significativi ovvero laddove ciò risulti necessario in base ai risultati della sorveglianza sanitaria.

La violazione dell'obbligo risulta penalmente sanzionata,²⁸¹ ma la norma che impone la redazione del documento non rappresenta una norma direttamente cautelare. Ne consegue che, in caso di verifica di un evento lesivo, essa potrà esser posta a fondamento della responsabilità penale del datore di lavoro solamente laddove sia accertato il legame eziologico tra la mancata o l'incorretta redazione del documento e la verifica dell'evento stesso.²⁸²

I principali elementi che devono essere indicati nel Documento sono: I) la valutazione dei rischi (cd. “*risk assesment*”), con contestuale indicazione dei criteri impiegati per la sua effettuazione; II) l'individuazione delle misure di prevenzione e protezione adottate (cd. “*risk management*”); III) l'individuazione delle procedure volte ad attuare le misure; IV) il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza; V) infine, l'identificazione dei ruoli, delle competenze e dei poteri dei soggetti che sono tenuti a realizzare le misure di prevenzione. Dunque, volendo citare autorevole dottrina, la valutazione dei rischi ha una duplice natura: “diagnostica”, per quanto attiene al giudizio sulle condizioni esistenti, e “terapeutica”, con riferimento all'attuazione delle misure volte a fronteggiare i relativi rischi.²⁸³

Pare utile soffermarsi sul significato che, su un piano sistematico, assume l'indelegabilità della valutazione del rischio e della redazione del relativo documento (art. 17, lett. a). Essa, infatti, non comporta che il datore di lavoro debba acquisire in prima persona saperi scientifici specialistici: l'imprenditore/datore di lavoro è, di regola, un uomo d'affari, non un tecnico.

²⁸¹ Dall'art. 55 del d. lgs. n. 81/2008, che stabilisce la pena dell'arresto da tre a sei mesi o dell'ammenda da 2.792,6 a 7.147,67 euro in caso di violazione dell'art. 29 comma 1°, che prevede appunto l'obbligo di redigere il documento di valutazione dei rischi.

²⁸² Cfr. Cass. Pen., 3 marzo 2010, n. 8622, secondo cui «*il rapporto di causalità tra omessa previsione del rischio e infortunio o il rapporto di causalità tra omesso inserimento del rischio nel documento e infortunio deve essere accertato in concreto rapportando gli effetti indagati e accertati della omissione, all'evento che si è concretizzato*».

²⁸³ T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1163.

Il senso dell'indelegabilità si coglie piuttosto valorizzando il suo *status* di soggetto responsabile dell'organizzazione complessiva dell'impresa, o di una sua unità produttiva. In tale prospettiva, giova richiamare il novellato²⁸⁴ comma 2 dell'art. 2086 c.c., rubricato "gestione dell'impresa", secondo cui l'imprenditore ha il «*dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*»: la previsione mette in luce l'importanza dell'articolazione strutturale dell'attività organizzata, nella quale il rilievo primario va attribuito agli elementi costitutivi dell'organizzazione, mentre le persone fisiche rilevano in quanto responsabili di tali elementi. L'organizzazione, specie nelle grandi imprese, assume infatti la forma di una rete di nuclei organizzativi, composti da più persone e dedicati a compiti specifici. Come osserva autorevole dottrina, in estrema sintesi, il ruolo del datore consiste nell'assicurarsi che tali nuclei funzionino in modo corretto ed efficiente: egli non è chiamato ad acquisire direttamente le competenze specialistiche – proprie, per contro, dei soggetti istituzionalmente deputati a coadiuvarlo (RSPP e medico competente) – bensì a verificare che l'apparato organizzativo da lui predisposto sia "adeguato", ossia affidabile.²⁸⁵

Ne discende che il contenuto del dovere specifico di valutazione dei rischi ad egli imposto si traduce in un adempimento eminentemente organizzativo, consistente nella: I) selezione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione, quale persona tecnicamente competente e professionalmente capace; II) predisposizione al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente delle informazioni necessarie in merito alla natura dei rischi specifici presenti in azienda, l'organizzazione del lavoro, la programmazione e l'attuazione delle misure preventive e protettive; III) vigilanza e controllo sullo svolgimento delle attività di valutazione svolta dai soggetti esperti, da intendersi in termini di "verifica di correttezza metodologica", diretta ad accertare che tali soggetti siano muniti delle competenze necessarie, dispongano delle risorse adeguate, impieghino il sapere tecnico-scientifico rilevante e siano informati in merito ai rischi specifici propri dell'organizzazione di cui il datore ha la responsabilità.²⁸⁶

²⁸⁴ Il nuovo comma 2° cit. è stato inserito dall'art. 3 del D.Lgs. n. 14/2019 (Codice della Crisi e dell'Insolvenza).

²⁸⁵ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Vol. I, Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 84-85..

²⁸⁶ N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 198.

2.3.3.2. *I doveri di informazione, formazione e addestramento*

Venendo all'analisi delle disposizioni del TUSL dedicate ai doveri di informazione, formazione e addestramento – si deve anzitutto sottolineare la centralità nella filosofia accolta dal sistema attualmente in vigore. Come si è già avuto modo di evidenziare, l'introduzione di veri e propri obblighi informativi e formativi in materia di sicurezza sul lavoro si è avuta solo a partire dal d.lgs. 626/1994 – sulla scorta degli impulsi comunitari.

Considerate come doveri di portata generale dei datori di lavoro e specificamente come misure necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, l'informazione e la formazione sono espressamente concepite come adempimenti diretti a realizzare un vero e proprio “sistema educativo”, che riesca ad incidere sui comportamenti dei lavoratori nell'ottica di promozione e diffusione della cd. “cultura della sicurezza” aziendale – obiettivo di certo non perseguibile solo per tramite di strumenti rimediali quali criminalizzazione e risarcimento danni in sede civile.

In via preliminare, occorre distinguere i concetti di “informazione” e di “formazione”: la prima si colloca sul versante dell'arricchimento del livello di conoscenza delle persone alle quali è destinata; la seconda, per converso, opera sul livello dell'apprendimento finalizzato all'acquisizione di conoscenze e competenze professionali – tali da condizionare i comportamenti individuali e collettivi – permettendo così a chi ne beneficia non solo di riconoscere i pericoli, ma anche di (attivamente) prevenire i rischi e fronteggiare le emergenze. Tale differenziazione è rispecchiata anche dalle relative definizioni fornite dal TUSL: per informazione, difatti, si deve intendere il «*complesso delle attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi in ambiente di lavoro*» (art. 2, c. 1°, lett. bb); la formazione, invece, è definita come il «*processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi*». (art. 2, c. 1°, lett. aa).

Un ulteriore elemento differenziale fra attività di formazione e di informazione è rappresentato dal fatto che, solo in relazione alla prima la legge impone l'ossequio di forme specifiche: l'art. 36 non pone, infatti, alcun vincolo sul *quomodo* dell'informazione – essendo sufficiente che questa sia “adeguata”. Per converso, l'attività formativa è disciplinata in dettaglio in merito alla sua durata, contenuti minimi e modalità. Segnatamente, destinatari

dell'obbligo formativo non sono solo i lavoratori, ma bensì anche dirigenti e preposti – nonché gli stessi datori di lavoro.²⁸⁷ La disciplina di dettaglio è infine rimessa all'accordo stato-regioni di cui al c. 2° dell'art. 37 TUSL.

L'informazione e la formazione rappresentano diritti dei lavoratori cui corrispondono specularmente obblighi del datore di lavoro. Solo quest'ultima, *prima facie*, sembrerebbe ricomprendere uno speculare "obbligo" del lavoratore. Tuttavia – come ha avuto modo di osservare attenta dottrina – il ruolo "debitorio" di quest'ultimo si coglie non solo e non tanto nel momento in cui materialmente l'informazione viene resa, quanto soprattutto – in via mediata – nel momento in cui lo stesso lavoratore deve operare avvalendosi delle informazioni fornite: il contenuto delle "informazioni", a ben vedere, potrebbe infatti in gran parte incorporarsi in quelle "istruzioni" del datore di lavoro cui il lavoratore deve necessariamente attenersi *ex art.* 20 (c. 1 e 2, lett. b) d.lgs. 81/2008.²⁸⁸

Passando rapidamente in rassegna alcuni caratteri comuni degli obblighi di informazione e formazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 e 37 TUSL – così come letti dalla giurisprudenza di legittimità – essi possono così riassumersi: I) destinatario è ciascun lavoratore, ma i contenuti devono essere calibrati individualmente rispetto ai rischi specifici attinenti la mansione/qualifica di ciascuno, oltreché rispetto agli ambienti ove questa si espleta, e quindi "personalizzati" e rinnovati al mutare delle condizioni operative; II) informazione e formazione devono essere adeguate, e la formazione anche sufficiente, in modo da rendere il lavoratore concretamente edotto dei rischi e delle misure pertinenti; III) tali obblighi non sono né esclusi né surrogabili dal bagaglio esperienziale del lavoratore o dal mero "travaso" di prassi tra colleghi, dovendo piuttosto compiersi nella cornice formalizzata imposta dalla legge; IV) l'adempimento non si esaurisce nella trasmissione di nozioni, ma esige un riscontro sul piano dell'effettività, mediante una vigilanza costante in merito all'osservanza

²⁸⁷ Il legislatore del 2021, con l'approvazione della l. n. 215/2021, nell'apportare diverse importanti modifiche alla disciplina del d. lgs. 81/2008, ha riservato una particolarissima attenzione anche alla formazione disciplinata dall'art. 37, segnatamente introducendo un nuovo obbligo formativo in capo a tutti i datori di lavoro. Le modalità tramite le quali tal dovere dev'essere adempiuto, sono state specificate dall'ultimo accordo stato-regioni, approvato – dopo una lunghissima (e travagliata) gestazione, nella seduta del 17.4.2025. Segnatamente, si prevede ora un corso base obbligatorio dalla durata minima di 12 ore, distribuite su due moduli (giuridico normativo e organizzativo gestionale). I contenuti didattici obbligatori prevedono: il quadro giuridico-normativo di riferimento; organizzazione aziendale della sicurezza (designazione RSPP, del MC, organizzazione della formazione e della sorveglianza sanitaria); gestione della valutazione dei rischi e redazione del DVR; pianificazione e monitoraggio delle misure preventive e protettive; gestione delle emergenze e delle interferenze; sistemi di vigilanza e controllo dell'attuazione delle misure; comunicazione interna ed esterna in materia di prevenzione; relazioni con i lavoratori, RLS, organismi di vigilanza. *Cfr.* P. PASCUCCI, op. ult. cit., p. 173.

²⁸⁸ P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della sicurezza*, op. cit., p. 158.

delle istruzioni impartite; V) l'attività formativa/informativa rientra tra le funzioni delegabili ex art. 16 (non essendo ricompresa nel novero dell'art. 17), ferma restando la vigilanza "alta" del delegante sul corretto espletamento delle funzioni trasferite; VI) i contenuti devono essere facilmente comprensibili e tali da consentire l'acquisizione di conoscenze (informazione) e competenze (formazione), nonché essere costantemente aggiornati e implementati in relazione a mutamenti organizzativi e/o tecnologici.²⁸⁹

In merito all'impatto che la normativa formativa e informativa ha sulle responsabilità dei datori di lavoro, la Cassazione ha avuto modo di specificare come l'eventuale disattenzione di un lavoratore non formato non vale a esonerare da responsabilità i suoi superiori. È infatti principio di diritto pacifico quello secondo il quale il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, a titolo di colpa specifica, dell'infortunio dipeso dalla negligenza del lavoratore il quale, nell'espletamento delle proprie mansioni, abbia posto in essere condotte imprudenti, trattandosi di una conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi informativi.²⁹⁰

Venendo all'addestramento, esso è definito all'art. 2, c. 1°, lett. cc del TUSL quale «*il complesso delle attività dirette a far apprendere ai lavoratori l'uso corretto di attrezzature, macchine, impianti, sostanze, dispositivi, anche di protezione individuale, e le procedure di lavoro*». Pertanto, rispetto alla formazione, l'addestramento attiene a un profilo più operativo, di istruzione pratica che, tuttavia, la presuppone. L'art. 37 c. 5° del TUSL stabilisce che l'addestramento venga effettuato da una persona esperta e sul luogo di lavoro, mentre – a seguito della novella operata dalla l. 215 del 2021 – questo può consistere sia nella prova pratica per l'uso corretto di macchine e attrezzature, sia pure nell'esercitazione applicata, disponendosi di conserva la conservazione della documentazione relativa agli interventi di addestramento in un apposito registro.

2.3.3.3. L'obbligo di vigilanza

Infine, occorre svolgere qualche ulteriore sintetica ricognizione relativa all'obbligo di vigilanza posto in capo a datore di lavoro e dirigente ai sensi dell'art. 18, c. 3-*bis*, a mente del quale «*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*

²⁸⁹ P. PASCUCCHI, op. ult. cit., p. 158 e s.

²⁹⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, sent. 24 febbraio 2025, n. 7489.

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».

Si tratta di una norma significativa, in quanto esplicita a chiare lettere come l'obbligo datoriale di vigilanza sull'adempimento degli obblighi gravanti sugli altri soggetti, esaltando l'indefettibile ruolo del datore di lavoro quale primario garante e coordinatore della sicurezza in azienda, si può ritenere adempiuto – con conseguente esonero di responsabilità – alla duplice condizione che egli: I) abbia correttamente vigilato sull'adempimento degli altri soggetti; II) non abbia alcuna responsabilità in ordine all'inattuazione degli obblighi da parte degli stessi, risultando tale responsabilità unicamente addebitabile a quest'ultimi.²⁹¹

In altri termini, si tratta della stessa diligenza richiesta al datore di lavoro-delegante in merito all'adempimento del dovere di “sorveglianza alta”, di cui si è parlato nell'analisi dell'istituto della delega di funzioni (art. 16, c. 3° TUSL): sarebbe difatti irragionevole pretendere una presenza continua del datore di lavoro/dirigente sul luogo di lavoro. La sorveglianza di cui si tratta, pertanto, è da intendersi anzitutto in termini “organizzativi”, destinata ad attuarsi mediante l'ausilio di persone e soluzioni tecniche a ciò dedicate.²⁹²

2.4. Il preposto (art. 2, c. 1°, lett. e TUSL)

L'art. 2, c. 1°, lett. e) del TUSL definisce il preposto come la «*persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa*».

Tradizionalmente, il preposto viene inteso quale “anello di congiunzione” tra il datore di lavoro ed i lavoratori.²⁹³ Non sfugge come la sua posizione di garanzia sia nettamente differenziata da quella del datore di lavoro e del dirigente: dall'attuale formulazione dell'art. 19 TUSL si ricava infatti che il preposto abbia compiti principalmente di consulenza e di

²⁹¹ P. PASCUCCHI, *I principi fondamentali*, op. ult. cit., p. 106.

²⁹² S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in (a cura di) D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bononia University press, 2016, p. 90. In giurisprudenza, cfr: Cass. pen., Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 14915.

²⁹³ Cfr: Cass. pen., Sez. IV, 16 ottobre 2002, n. 40939; Cass. pen., Sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 2277.

controllo,²⁹⁴ oltre che di vigilanza e segnalazione,²⁹⁵ affinché le misure antinfortunistiche e le relative disposizioni vengano regolarmente applicate. Resta fermo, in capo al datore di lavoro e al dirigente, l'obbligo di provvedere concretamente all'adeguamento dei mezzi di prevenzione.²⁹⁶

Si tratta, pertanto, di una posizione di garanzia che è diretta ad assicurare la sicurezza nella fase esecutiva delle lavorazioni, ponendosi tale soggetto a diretto contatto con queste ultime: in caso di mancata osservanza delle misure di sicurezza da parte di uno o più lavoratori, il preposto non dovrà limitarsi a rivolgere benevoli richiami, ma dovrà altresì informare senza indugio il datore di lavoro o il dirigente, quali soggetti legittimati ad infliggere richiami formali e sanzioni disciplinari a carico dei dipendenti riottosi.²⁹⁷ Pertanto, la presenza del preposto può determinare l'esclusione della responsabilità datoriale, ma se ed in quanto l'infortunio sia esclusivamente ascrivibile a carenze riscontrate nel momento esecutivo della prestazione e non coinvolga scelte legate alle sfere di responsabilità dei garanti sovraordinati. Ciò non di meno, occorre comunque tenere a mente che il datore di lavoro – anche nel caso in cui le operazioni di carattere esecutivo siano affidate alle cure di un preposto – non può disinteressarsi del tutto: deve aver cura degli adempimenti che lo riguardano direttamente, oltre a dover vigilare in ordine al corretto adempimento dell'incarico da parte del collaboratore, inibendo l'instaurazione di procedure e prassi non appropriate.²⁹⁸

Nell'ottica di affiancare al sistema dei controlli tradizionali – di natura esterna ed ispettiva – un efficace meccanismo di “autocontrollo” interno aziendale, il d.l. 146/2021 (convertito con modificazioni dalla l. n. 215/2021) ha aggiunto delle nuove attribuzioni, fra cui: il suo possibile intervento diretto sul lavoratore affinché ne possa «*modificare il comportamento*»; il potere di interrompere l'attività «*del lavoratore, in caso di mancata attuazione delle disposizioni a lui impartite o di persistenza della inosservanza*»; in caso di rilevazione di deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e di ogni condizione di pericolo rilevata, si è prevista l'ulteriore facoltà (art. 19, lett. f-bis) di interrompere temporaneamente

²⁹⁴ G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 40.

²⁹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4412; P. PASCUCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I WP di Olympus*, n. 7/2012, p. 16.

²⁹⁶ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale*, op. cit., p. 74.

²⁹⁷ M. GIOVANNONE, *ibidem*.

²⁹⁸ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 63-64.

l'attività, segnalando tempestivamente al datore di lavoro e al dirigente le non conformità rilevate.²⁹⁹

Le disposizioni appaiono dettate da istanze di rafforzamento dell'ottica organizzativa che pervade il d.lgs. n. 81/2008, dal momento che l'azienda deve poter esprimere al suo interno la capacità di autoregolarsi e auto-vigilarsi, anticipando il rischio e correggendo per tempo le proprie incongruenze organizzative. A conferma di tale visione, vi sarebbe: *in primis*, l'obbligo penalmente sanzionato³⁰⁰ per il datore di lavoro (introdotto dalla già menzionata l. n. 215 del 2021) di individuare il preposto (o i preposti) per l'effettuazione della vigilanza interna; in secondo luogo, l'affidamento, ai contratti e agli accordi collettivi di lavoro, della "possibilità" di stabilire l'emolumento spettante al preposto che, come le rappresentanze sindacali e per la sicurezza, non deve subire pregiudizio alcuno a causa della assunzione di detta funzione, mantenendo una posizione di terzietà rispetto all'operato del datore di lavoro e del dirigente.³⁰¹

Tuttavia, la maggiore incisività dei poteri impeditivi conferiti al soggetto interessato, parrebbe comportare una maggiore esposizione a imputazioni penali per omesso impedimento dell'evento (*ex art. 40 cpv c.p.*); dall'altro, il rapporto di subordinazione che lo lega agli "apici" aziendali rende improbabile che tale soggetto possa assumere effettivamente una funzione indipendente e dialettica rispetto alle decisioni dei vertici aziendali, soprattutto in considerazione della mancanza nei suoi confronti delle garanzie previste dall'ordinamento a tutela del libero esercizio delle prerogative sindacali (per converso sussistenti in capo all'RLS, in quanto generalmente la sua figura tende a coincidere con l'r.s.a. o r.s.u. laddove costituite). In definitiva, la modifica normativa sembra rafforzare l'ipotesi che il preposto possa concepirsi quale un soggetto su cui far ricadere le responsabilità. In altre parole, un utile "capro espiatorio".

In ogni caso, anche in relazione a questa figura, opera la clausola di cui all'art. 299 TUSL: l'assunzione del ruolo può discendere tanto da investitura formale, quanto dall'esercizio di fatto della funzione, secondo il principio di effettività.³⁰² Tuttavia, la novella operata dalla l.

²⁹⁹ P. PASCUCCHI, *La sicurezza sul lavoro alla prova dell'effettività: l'obbligo di individuazione dei preposti*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 3/2022, p. 3-14; V. VALBONESI, *La rinnovata centralità del preposto nel sistema antinfortunistico: luci ed ombre di una riforma in necessario divenire*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 3/2022, p. 631.

³⁰⁰ Dal novellato art. 55, co. 5°, lett. d), d.lgs. 81/2008, che prevede la pena edittale dell'arresto da 2 a 4 mesi o con l'ammenda da 1500 a 6000 euro.

³⁰¹ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit. p. 75.

³⁰² Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2019, n. 17202; Cass. pen., Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22246; Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 1998, n. 2277.

n. 215 del 2021 ha innestato dubbi in ordine alla piena operatività, per il preposto, di tale ultimo principio, nella misura in cui – intervenendo sull’art. 18 – ha introdotto, alla lett. *b-bis*, un obbligo specifico del datore di lavoro e del dirigente di “individuare” il preposto (o i preposti) addetto/i alla vigilanza. La previsione si pone in “tensione” con l’art. 299, poiché il lessico impiegato dal legislatore (“individuare”) lascerebbe intendere che l’incarico debba essere, in qualche guisa, formalizzato.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina, l’“individuazione” di cui al novellato art. 18 (c. 1° lett. *b-bis*) non può essere assimilata alla designazione del dirigente responsabile nelle pubbliche amministrazioni *ex* art. 2, c. 1°, lett. b): solo quest’ultima produrrebbe un vero e proprio effetto traslativo della posizione datoriale. Per converso, l’individuazione del preposto non determinerebbe alcuna traslazione del ruolo di garanzia: la collocazione della previsione entro l’art. 18 – norma deputata a scandire la ripartizione dei compiti tra le figure del sistema – segnalerebbe piuttosto l’intento legislativo di “istituzionalizzare” la vigilanza operativa sul campo, imponendo che, ove il datore di lavoro intenda avvalersi di tale collaborazione, egli debba conferire un incarico di vigilanza a una figura dotata di competenze e risorse adeguate, attraverso un adempimento formale non sacramentale, ma idoneo a rendere l’assetto riconoscibile e controllabile.³⁰³

In questa prospettiva, la novella non parrebbe incidere sull’*an* della responsabilità dei garanti primari, ma opererebbe sul piano della “mappatura” organizzativa delle responsabilità: in difetto di individuazione (o in mancanza, in concreto, di soggetti intermedi), l’obbligo di vigilanza volto ad assicurare l’effettività delle misure di sicurezza ricade per intero sul datore di lavoro, il quale non può lasciare “vuoti di tutela” nel sistema prevenzionistico. Di qui l’affermazione – coerente con tale logica – secondo cui, qualora non vi sia un preposto incaricato della vigilanza relativa ai rischi di una specifica fase lavorativa, la responsabilità permane (per quella fase) in capo al datore di lavoro.

Resta, nondimeno, da verificare se la nuova configurazione lasci un residuo spazio alla figura del preposto “di fatto”. La risposta, nei termini qui rilevanti, non può essere apodittica: se è vero che l’obbligo di individuazione accentua l’esigenza di una chiara attribuzione del ruolo, ciò non equivale a negare in radice l’operatività dell’art. 299, almeno ogniqualvolta sia dimostrato che un soggetto abbia in concreto sovrinteso alle lavorazioni, impartito istruzioni,

³⁰³ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 65.

diretto gli operai e verificato il rispetto delle cautele, disponendo dei poteri necessari per impedire l'evento; in tal caso, la responsabilità del preposto si modella sull'area di rischio effettivamente gestita e sui poteri di controllo concretamente esercitati.³⁰⁴ La novella, dunque, più che “abrogare” parzialmente l'art. 299, sembra al contrario innalzare lo *standard* di certezza e di riconoscibilità dell'allocatione dei compiti di vigilanza, con un effetto di concentrazione delle responsabilità in seno al garante primario, segnatamente nei casi in cui la funzione non risulti né formalmente attribuita né effettivamente esercitata.

2.5. Il servizio di prevenzione e protezione ed il suo responsabile

La sezione III del capo III del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 riguarda il servizio di prevenzione e protezione dai rischi (SPP), definito quale «*l'insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori*».³⁰⁵ A dirigere la struttura è posto il responsabile del Servizio, definito quale «*persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali [...] designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi*».³⁰⁶ Le specifiche “capacità” e “requisiti” degli addetti al servizio di prevenzione e protezione sono oggetto di analitica disciplina recata dall'art. 32 TUSL.

A differenza di quanto era previsto nel previgente art. 8 del d.lgs. n. 626/1994, l'art. 31 del TUSL ora prevede che il possesso delle capacità e dei requisiti professionali, l'essere in numero sufficiente rispetto alle caratteristiche dell'azienda, la disponibilità di mezzi e di tempo adeguati per lo svolgimento dei compiti assegnati siano elementi che riguardano non solo i dipendenti (interni) che fanno parte del SPP, ma tutti gli addetti e i responsabili dei servizi, interni o esterni che siano.

Laddove, internamente all'azienda, manchino dei dipendenti in possesso delle capacità e dei requisiti di cui all'art. 32 TUSL, è previsto l'obbligo di affidamento all'esterno delle attività di prevenzione e protezione. Tuttavia, l'art. 31 c. 1° TUSL richiede che il datore di lavoro organizzi il SPP “prioritariamente” all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, oltre

³⁰⁴ In questo senso cfr. P. PASCUCCHI, *I principi fondamentali della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 101; secondo il quale «*possono assumere la qualifica di preposto tutte quelle figure intermedie che, nella concreta organizzazione, esercitano un potere di direzione immediata sull'attività dei lavoratori, come accade tipicamente per i capi reparto, i capi ufficio, i capi squadra, i capi cantiere o i capi officina, i quali, pur non appartenendo ai vertici aziendali, svolgono un ruolo cruciale nel garantire l'effettività del sistema di prevenzione aziendale*». In giurisprudenza, Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455.

³⁰⁵ Art. 2, c. 1°, lett. l del d. lgs. 81/2008.

³⁰⁶ Art. 2, c. 1°, lett. f del d. lgs. 81/2008.

a prevedere una serie di ipotesi in cui questo non possa essere esternalizzato (art. 31, c. 6° TUSL): si tratta – in estrema sintesi – di aziende caratterizzate dalla presenza di rischi connessi alla particolare attività produttiva, ovvero dalla maggior complessità organizzativa della realtà aziendale.

L'importanza dell'organismo è subito enfatizzata dalla previsione *ex art. 17 T.U.* per cui la nomina del responsabile costituisce un obbligo non delegabile del datore di lavoro. L'indelegabilità di tale adempimento è dovuta al fatto che l'RSPP introduce nell'organizzazione aziendale competenze tecniche e scientifiche indispensabili ai fini di un avvertita gestione del rischio; cooperando con il datore di lavoro e trasmettendogli conoscenze specialistiche, dovendolo coadiuvare (assieme al MC) nello svolgimento della valutazione del rischio e nella redazione del relativo documento, nonché nella scelta delle misure di prevenzione e protezione più idonee.

L'art. 33 del TUSL descrive ampiamente i compiti del servizio, consistenti in sintesi: nell'individuazione e valutazione dei fattori di rischio; nella definizione delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro anche sulla base delle specificità proprie dell'organizzazione aziendale; nell'elaborazione delle misure preventive e protettive anche ai fini della redazione del documento sulla sicurezza di cui all'art. 28; nella proposizione dei programmi per la formazione e l'informazione; nella partecipazione alle consultazioni sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro; nel fornire le dovute informazioni ai lavoratori *ex art. 36 TUSL*.

Da tale sintetico elenco, nonché in ragione dell'importanza assunta dal suo responsabile ai fini della valutazione dei rischi, si può evincere come – in definitiva – il ruolo giocato dal servizio ed in particolare dall'RSPP, sia di supporto o comunque abbia natura consulenziale. Il dato è confermato anche dall'assenza di sanzioni penali speciali a carico dell'RSPP, giustificata dall'assenza (*rectius* non necessaria sussistenza) in capo a quest'ultimo dei poteri d'intervento necessari per attuare – in autonomia – le norme di prevenzione.³⁰⁷ Tuttavia, come confermato da un oramai consolidata giurisprudenza,³⁰⁸ tal soggetto non è immune da qualsiasi forma di responsabilità: l'omesso assolvimento, o l'assolvimento inadeguato di un suo compito, laddove

³⁰⁷ La non necessità di poteri decisori o di spesa, la si può desumere dall'inciso “a lui risponde” nella relativa definizione, riferito sua volta alla figura datoriale.

³⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, 23 aprile 2008, sent. n. 25288; Cass. pen., Sez. IV, 18 marzo 2010, sent. n. 16134; Cass. pen., Sez. IV, 15 luglio 2010, sent. n. 32195; Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2010, sent. n. 2814; Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, sent. n. 49821.

causalmente efficiente nella produzione dell'evento offensivo, ovvero quando quest'ultimo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che il responsabile avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l'adozione – da parte del datore di lavoro – delle necessarie iniziative idonee a porvi rimedio, certamente è in grado di fondare un addebito di penale responsabilità nei suoi confronti. Come si accennava in tema di valutazione del rischio, il datore di lavoro è difatti generalmente sprovvisto delle competenze tecnico-scientifiche a tal fine necessarie: egli si deve servire necessariamente dell'apporto conoscitivo di terzi – segnatamente – dello stesso RSPP e del MC.

Una questione, tutt'altro che marginale, riguarda la cumulabilità del ruolo di RSPP con altre posizioni e/o incarichi operativi e, più in particolare, la possibilità di delegare (*ex art. 16 TUSL*) tali compiti al RSPP, come sovente avviene nella pratica. A fronte del silenzio del legislatore, si tratta di una prassi che la stessa giurisprudenza ha ritenuto ammissibile³⁰⁹ – con la possibile condanna del RSPP “delegato” – a dispetto della evidente differenza che in materia di sicurezza esiste tra le funzioni di *staff* e di *line* operativa “datore di lavoro-dirigente-preposto”³¹⁰ e, più in particolare, tra quelle del RSPP e quelle del “delegato”.³¹¹ Pacifico, pertanto, che in tali ipotesi la sua figura possa senza alcun dubbio ritenersi gravata da un autonoma posizione di garanzia, se non in funzione del ruolo rivestito, per lo meno in relazione alla delega conferita. Analoghe considerazioni possono svolgersi anche laddove egli assumi su di sé anche la qualifica – per formale investitura o in via di mero fatto – propria della figura datoriale, dirigenziale o di preposto, ammettendosi fra l'altro espressamente (*ex art. 34 TUSL*)

³⁰⁹ *Ex multis cfr.* Cass. Pen., Sez. III, 21 giugno 2007, sent. n. 24479.

³¹⁰ *Cfr.* Cass. pen., Sez. III, 1 giugno 2010, sent. n. 20592.

³¹¹ Come notato da P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della salute e della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 152-154; ID, *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza “ThyssenKrupp”: dialoghi con la giurisprudenza*, in *I WP di Olympus*, n. 10/2012 – nell'architettura del TUSL l'RSPP nasce come funzione di *staff*, tendenzialmente consultiva, priva di poteri immediatamente gestori/decisionali; il suo compito consiste nell'individuazione e valutazione dei rischi, nonché nella loro segnalazione al vertice, così da consentire al datore di lavoro di assumere le scelte organizzative e di spesa necessarie. Nel momento in cui lo stesso soggetto diviene anche “delegato operativo” (cioè titolare di funzioni attuative con poteri di organizzazione, gestione, controllo e di spesa), si verrebbe a produrre – secondo l'Autore – una torsione che minerebbe l'indipendenza e la libertà tecnica di tale figura, e ciò – in estrema sintesi – per un triplice ordine di ragioni: I) la coesistenza, in capo al medesimo soggetto, di funzioni consultive di *staff* e funzioni operative di *line* è “difficile se non impossibile”, in quanto – nella prassi – le seconde tendono a prevalere e le prime diventano “appendice subordinata” del ruolo gestionale; II) la delega al RSPP lo trasformerebbe in una figura “spuria”, perché le funzioni operative attuative degli obblighi prevenzionistici sono la concretizzazione esecutiva delle stesse indicazioni prevenzionistiche che l'RSPP è chiamato a formulare come consulente del datore: in altri termini, rischierebbe di divenire al contempo sia valutatore che attuatore della medesima scelta cautelare, perdendo pertanto quella franchezza tecnica che serve quando bisogna evidenziare criticità e imporre “cambi di rotta”; III) si verrebbe ad indebolire il “modello dialogico” con il vertice: se l'RSPP è delegato operativo, il vertice rischia di “scaricare” sulla sua figura scelte che dovrebbero – per converso – restare presidiate dal reale centro di potere.

che la funzione di RSPP possa essere svolta dal datore di lavoro stesso, al ricorrere di determinate condizioni.

La questione della possibilità o meno di individuare una posizione di garanzia autonoma in capo a tale figura, tendenzialmente avversata in dottrina³¹², è stata affrontata dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp. Segnatamente, la Corte ebbe modo di constatare come, nell'eziologia del devastante incendio verificatosi presso la linea di ricottura e decapaggio n. 5 dello stabilimento torinese – che causò la morte di sette operai – ebbe un rilievo decisivo la mancata emersione, nella valutazione dei rischi e nel DVR, del rischio specifico di *flash fire*, poi concretizzatisi nell'evento lesivo nel caso d'ispecie.³¹³

nel delineare la posizione dell'imputato che, in qualità di RSPP, aveva collaborato alla redazione del documento e allo svolgimento della valutazione dei rischi, la Corte prende le mosse da una giurisprudenza consolidata secondo cui la responsabilità per omesso impedimento può ravvisarsi anche in capo a tale figura, «qualora si accerti che la mancata adozione di una misura precauzionale» da parte datoriale «è il frutto dell'omissione colposa di un suo compito professionale». Da qui l'inquadramento del servizio di prevenzione e protezione (artt. 31 ss. TUSL) come struttura dotata di compiti esiziali – in primis individuazione e valutazione dei rischi e proposta delle misure necessarie ex art. 28 – ma connotata, al contempo, da una fisiologica assenza di autonomia decisionale, trattandosi di funzione di «supporto informativo, valutativo e programmatico». Proprio tale assenza di poteri gestionali spiega, secondo le S.U., perché il SPP non sia destinatario sanzioni contravvenzionali speciali; tuttavia, tale circostanza «non è risolutiva per escludere il ruolo di garante», poiché ciò che più rileva è il dato per il quale i componenti del servizio risultano pur sempre «destinatari di obblighi giuridici» e, con

³¹² A tal proposito, cfr. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 109. L'assenza di un'autonoma posizione di garanzia ex art. 40 *cpv* c.p. – desumibile dall'assenza di “poteri impeditivi” in suo capo e dalla natura meramente consulenziale della figura, escluderebbe la possibilità che nei suoi confronti possa individuarsi una responsabilità – anche a titolo concorsuale ex art. 113 c.p. – laddove la sua condotta negligente, imprudente o imperita si sia risolta in una mera omissione. Cfr. inoltre T. VITARELLI, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021, p. 125 s.

³¹³ Più nello specifico, l'incendio divampato sulla linea di lavorazione APL 5 (ricottura e decapaggio) dello stabilimento torinese fu innescato dalle scintille generate dallo sfregamento del nastro d'acciaio contro la carpenteria dell'impianto. La combustione si propagò rapidamente per l'elevata presenza di carta interspira intrisa di olio di laminazione e per la diffusa contaminazione oleosa del piano di calpestio, dovuta sia al gocciolamento dai rotoli sia alle perdite dei circuiti oleodinamici, in un contesto segnato da gravi carenze manutentive e di pulizia. In assenza di sistemi automatici di rilevazione e allarme, le fiamme raggiunsero un tubo flessibile contenente olio idraulico che, cedendo, liberò una nube di fluido in pressione; questa si infiammò istantaneamente (cd. *flash fire*), investendo fatalmente gli operai che tentavano lo spegnimento con estintori a bassa gittata (cfr. L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, Vol. II, Il Mulino Editore, Milano, 2015, p. 183 e s.).

l'assunzione dell'incarico, assumono «l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni» proprie del servizio. Più nello specifico, la Corte riconosce che – nella prassi – ben potrebbe accadere che l'errore del garante primario sia determinante da informazioni o indicazioni, errate o omesse, che promanano dal servizio, cui la legge attribuisce l'indicato, importantissimo ruolo di consulenza.³¹⁴

In tale cornice, la Corte ebbe poi modo di valorizzare il dato costituito dalla strutturale relazionalità che connota l'adempimento di siffatti doveri, sua volta sussumibile nell'archetipo del lavoro in *equipe*: l'attività del SPP è infatti «*parte inscindibile*» di un processo che «*sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro*», sicché essa può certamente rilevare «*ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito*», specie nel caso paradigmatico del servizio che «*manchi di informare il datore di lavoro di un rischio*» conoscibile solo grazie a competenze specialistiche; e ciò, in presenza di una condotta colposa, può legittimare sia un addebito formulato secondo lo schema della cooperazione colposa (art. 113 c.p.), ma anche – al di fuori dello schema concorsuale – in via esclusiva nei suoi confronti, laddove il rischio concretizzatosi sia riconducibile alla sua esclusiva sfera di competenza, di natura tecnico-consulenziale. Ciò detto, nel caso d'ispecie, le S.U. aggiunsero la considerazione di un ulteriore elemento, che rese indubbia la sussistenza di una posizione di garanzia in capo all'imputato: oltre alla qualifica di RSPP, egli rivestiva – «*seppur in via di mero fatto*» – funzioni dirigenziali, essendo egli «*responsabile, e dotato di poteri gerarchici, in un settore che si occupava anche di organizzare il monitoraggio per la manutenzione degli impianti*», segmento organizzativo direttamente interferente con la genesi e la progressione dell'incendio. Segnatamente, la Corte riconobbe come il *deficit* valutativo – sulla base delle risultanze probatorie acquisite nei giudizi di merito – non fu il frutto di un “vuoto cognitivo” incolpevole datoriale, ma bensì si inseriva in un processo decisionale collettivo, improntato su una strategia condivisa diretta al contenimento dei costi in vista della progressiva dismissione dell'impianto.

2.6. Il medico competente

Venendo alla figura del medico competente (MC), egli è definito quale «*medico in possesso di uno dei titoli e dei requisiti formativi e professionali di cui all'articolo 38, che collabora, secondo quanto previsto all'articolo 29, comma 1, con il datore di lavoro ai fini della*

³¹⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 71.

*valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria e per tutti gli altri compiti di cui al presente decreto».*³¹⁵

I suoi compiti sono ora diffusamente indicati all'art. 25 TUSL. Fra di questi, di preminente interesse è la sua necessaria collaborazione con il datore di lavoro e SPP ai fini della valutazione dei rischi e, più in generale, alla predisposizione delle misure per la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori. Egli, inoltre, programma ed effettua la sorveglianza sanitaria – ora ampiamente disciplinata dall'art. 41 TUSL, con protocolli adeguati ai rischi specifici ed ai progressi scientifici più avanzati. Infine, il MC è tenuto ad informare i lavoratori e – in forma anonima – il datore di lavoro, il SPP ed il rappresentante dei lavoratori, sull'esito di tale sorveglianza.

In relazione alla collaborazione ai fini della valutazione dei rischi ed alla loro gestione, è possibile ritenere che – per lo meno in relazione a tale adempimento specifico – il MC giochi un ruolo assimilabile a quello ricoperto dall'RSPP: egli, pertanto, potrà ritenersi “garante” per quel che concerne il suo contributo di competenza biomedica alla gestione del rischio, ben potendo essere chiamato a rispondere di eventi lesivi, anche in via esclusiva. Più nello specifico, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire che egli – in quanto titolare di un obbligo di attiva collaborazione con il datore di lavoro, il cui inadempimento integra il reato di cui agli artt. 25, c. 1°, lett. a) e 58, comma 1°, lett. c) del T.U. – deve dedicarsi ad un'attività propositiva e informativa in relazione al proprio ambito professionale.³¹⁶

A differenza di quanto non sia previsto in merito al responsabile del servizio di prevenzione e protezione, la figura del MC è solo eventuale: il datore di lavoro, difatti, è obbligato a nominarlo esclusivamente laddove vi sia l'obbligo di sorveglianza sanitaria *ex art.* 41 TUSL. Ne discende che, in relazione all'obbligo di collaborazione alla valutazione dei rischi, questo si costituisce esclusivamente laddove il MC sia stato nominato in quanto vi era l'obbligo di nominarlo essendovi l'esigenza della sorveglianza sanitaria oppure la valutazione dei rischi, effettuata in prima battuta in assenza del MC ancora non designato, abbia evidenziato la necessità di tale sorveglianza. In ogni caso, laddove egli sia stato nominato, il datore di lavoro deve assicurare la sussistenza delle condizioni necessarie per lo svolgimento di tutti i suoi compiti, garantendone l'autonomia.

³¹⁵ Art. 2, c. 1°, lett. h) del d. lgs. 81/2008.

³¹⁶ *Cfr.* Cass. Pen., Sez. III, 27 aprile 2018, n. 38402.

2.7. Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza

Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) è una figura strumentale, che garantisce la partecipazione e il coinvolgimento attivo dei dipendenti nella gestione della sicurezza sul lavoro.

La figura è definita dall'art. 2, lett. i, TUSL quale «*persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro*». Si tratta di un soggetto privo di poteri ispettivi o gestori, possedendo principalmente funzioni consultive qualificate (art. 50 TUSL) e di raccordo tra lavoratori e vertici aziendali; proprio per adempiere a tale ruolo è titolare di vari diritti, fra i quali: ricevere informazioni in merito alla sicurezza aziendale (art. 50, c. 7°, lett. e, f); accedere ai documenti ed ai luoghi aziendali (art. 50, c. 7°, lett. a, e); ricevere una formazione particolare in materia di salute e sicurezza concernente i rischi specifici esistenti nel contesto produttivo di competenza, per poter interloquire in modo consapevole con il datore di lavoro e i propri colleghi.³¹⁷

Segnatamente, egli dev'essere consultato dal datore di lavoro nell'ambito della valutazione dei rischi e dell'elaborazione del relativo documento, obbligo penalmente sanzionato *ex art. 55 TUSL*. In relazione al novero dei poteri e delle competenze attribuitagli per legge, la cui specificazione è in gran parte rimessa alla contrattazione collettiva. Più in generale, si tratta di una figura che rappresenta l'evoluzione della rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza in azienda, in origine introdotta dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, che – secondo l'opinione prevalente – deve oramai ritenersi implicitamente abrogato.³¹⁸

Data la scarsa incisività delle prerogative conferite alla figura, sembrerebbe implausibile individuare in suo capo una posizione di garanzia *ex art. 40 cpv c.p.* Tuttavia, occorre segnalare che una recente sentenza della Suprema Corte ha ritenuto la sussistenza di una sua responsabilità, a titolo di cooperazione colposa con il datore di lavoro (art. 113 c.p.), per non aver adempiuto ai compiti attribuitegli per legge ed abbia, con la sua condotta omissiva, contribuito causalmente alla verifica dell'evento.³¹⁹

³¹⁷ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. ult. cit., p. 106-107.

³¹⁸ P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 235; in senso contrario *cf.* M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 113 e s.

³¹⁹ Segnatamente, secondo la motivazione in diritto della summenzionata sentenza, «*l'art. 50 D.Lgs. n. 81 del 2008, che ne disciplina le funzioni e i compiti, attribuisce al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza un ruolo di primaria importanza quale soggetto fondamentale che partecipa al processo di gestione della sicurezza*

2.8. Il lavoratore

La centralità del ruolo giocato dall'organizzazione datoriale, nell'ambito della vigente disciplina, è testimoniata anche rispetto alla definizione di “lavoratore” accolta dal TUSL. Egli è difatti definito quale *«persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari [...]»*.³²⁰ Si tratta, pertanto, di una definizione ben più ampia di quella prevista nella previgente disciplina,³²¹ a mente della quale egli doveva individuarsi quale *«persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro [...] con rapporto di lavoro subordinato anche speciale»*. La scelta si giustifica in ragione della logica “universalistica” che ispira il decreto: qualificazione giuridica del rapporto ed aspetto retributivo divengono, dunque, irrilevanti ai fini della tutela della salute e sicurezza.³²²

Com'è stato rilevato da autorevole dottrina, la nozione di “lavoratore” ora vigente è basata sull'inserimento funzionalistico della persona nell'organizzazione di cui il datore di lavoro è responsabile, dovendosi modulare l'*an* e il *quantum* delle tutele in ragione del suo effettivo assoggettamento ad una etero-organizzazione spazio-temporale e funzionale, anche a prescindere dalla natura etero-diretta della sua prestazione (ovverosia, anche in assenza di un formale vincolo di subordinazione *ex art.* 2094 c.c.). Pertanto, l'opzione definitoria, riconduce alla nozione di “lavoratore” tutti quei soggetti che il datore di lavoro coinvolge funzionalmente nel proprio ambito organizzativo, utilizzandone le prestazioni lavorative per il perseguimento

dei luoghi di lavoro, costituendo una figura intermedia di raccordo tra datore di lavoro e lavoratori, con la funzione di facilitare il flusso informativo aziendale in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Ciò detto, è bene precisare che, nel caso di specie, viene in rilievo non se l'imputato, in tale sua veste, ricoprì o meno una posizione di garanzia intesa come titolarità di un dovere di protezione e di controllo finalizzati ad impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire (art. 40 cpv. c.p.) - ma se egli abbia, con la sua condotta, contribuito causalmente alla verifica dell'evento ai sensi dell'art. 113 c.p. E, sotto questo profilo, la sentenza impugnata ha illustrato adeguatamente i termini in cui si è realizzata la cooperazione colposa dello S. nel delitto di cui trattasi. Richiamati i compiti attribuiti dall'art. 50 al Responsabile dei Lavoratori per la Sicurezza, ha osservato come l'imputato non abbia in alcun modo ottemperato ai compiti che gli erano stati attribuiti per legge, consentendo che il P. fosse adibito a mansioni diverse rispetto a quelle contrattuali, senza aver ricevuto alcuna adeguata formazione e non sollecitando in alcun modo l'adozione da parte del responsabile dell'azienda di modelli organizzativi in grado di preservare la sicurezza dei lavoratori» - Cass. pen., Sez. IV, 27 giugno 2023, sent. n. 38914.

³²⁰ Art. 2, lett. a) del d. lgs. n. 81/2008.

³²¹ Art. 2, lett. a) del d. lgs. n. 626/1994.

³²² S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 63.

dei propri scopi, quali che essi siano.³²³ Ne consegue che “lavoratore” – ai sensi del T.U. – è pure colui che svolga la prestazione in via di mero fatto, in modo irregolare o persino quando l’inserimento non sia stabile ma occasionale.³²⁴

Come si è già avuto modo di accennare, il lavoratore non è più concepito come mero “creditore” di sicurezza. La prospettiva accolta dal TUSL attribuisce infatti al prestatore obblighi, assistiti anche da sanzioni, di cooperazione alla sicurezza comune.³²⁵ Segnatamente, oggi l’art. 20 del T.U. dispone in via generale che ogni lavoratore debba prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, conformemente alla formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro. Si tratta, però, di un coinvolgimento partecipativo e non della trasformazione del lavoratore in garante “forte” di sé stesso: l’esigibilità dei suoi obblighi resta strutturalmente subordinata all’assetto organizzativo predisposto dal datore, che continua a occupare la posizione centrale di gestione del rischio.

Oltre a tale disposizione a carattere generale, al c. 2° l’art. 20 del T.U. prevede una serie di obblighi specifici, fra cui: contribuire all’adempimento degli obblighi prevenzionistici; osservare le disposizioni e le istruzioni ricevute; utilizzare correttamente le attrezzature, i materiali ed i mezzi di protezione; fronteggiare eventuali urgenti situazioni di pericolo nell’ambito delle proprie competenze e possibilità e comunque segnalarle alle figure sovraordinate; non rimuovere o modificare i dispositivi di sicurezza; non compiere operazioni rischiose o comunque estranee alle proprie competenze; partecipare ai programmi di formazione e addestramento; sottoporsi ai controlli sanitari previsti.

Su un piano sistematico, come si è già avuto modo di anticipare, questo maggiore coinvolgimento del lavoratore nelle trame dell’organizzazione della sicurezza, sembra costituire un valido argomento al fine di attribuire una maggiore rilevanza al suo comportamento colposo nell’individuazione delle responsabilità del garante in relazione ad eventi lesivi. Segnatamente, come ha avuto modo di rilevare la Suprema Corte: «si è passati, a seguito dell’introduzione del d.lgs. n. 626 del 1994 e, poi, del T.U. 81/2008, dal principio

³²³ M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 67.

³²⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21 agosto 2007, in *ISL*, 2008, p. 551. In merito al

³²⁵ L’art. 59 del d. lgs. 81/2008 - recante “Sanzioni per i lavoratori”, dispone che «*I lavoratori sono puniti: a) con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda da 200 a 600 euro per la violazione degli articoli 20, comma 2, lettere b), c), d), e), f), g), h) ed i, e 43, comma 3, primo periodo; b) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 50 a 300 euro per la violazione dell’articolo 20, comma 3*».

"dell'ontologica irrilevanza della condotta colposa del lavoratore" al concetto di "area di rischio" che il datore di lavoro è chiamato a valutare in via preventiva».

D'altro canto, la filosofia che ispira la legislazione antinfortunistica sembra ancora escludere spazi di rilevanza all'autoesposizione, all'autoresponsabilità della vittima. La benevolenza è spesa in favore di essa, che è sottoposta ad un rischio elevato, insidioso, ubiquitario, necessario, eteroindotto. Perciò, le norme che gli si rivolgono sono volte a responsabilizzarlo, ma nel suo esclusivo interesse, e non già in quello della produzione. Tale profilo è colto anche dalle più recenti pronunzie della Suprema Corte: *«è sempre valido il principio secondo il quale non può esservi alcun esonero di responsabilità all'interno dell'area di rischio, nella quale si colloca l'obbligo datoriale di assicurare condizioni di sicurezza appropriate anche in rapporto a possibili comportamenti trascurati del lavoratore. All'interno dell'area di rischio considerata, quindi, deve ribadirsi il principio per il quale la condotta del lavoratore può ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo ove sia tale da attivarne uno eccentrico o esorbitante dalla sfera governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia; oppure ove sia stata posta in essere del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli e, come tale, al di fuori di ogni prevedibilità da parte del datore di lavoro, oppure vi rientri, ma si sia tradotta in qualcosa che, radicalmente quanto ontologicamente, sia lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro»*.³²⁶

3. L'individuazione dei soggetti responsabili

Ricostruita la filosofia sottesa al sistema vigente; individuate le principali disposizioni che guidano la ripartizione intersoggettiva del debito prevenzionistico; tratteggiati i principali contenuti dei rispettivi ruoli – attribuiti per legge o in via derivata – a ciascun attore del sistema delineato dal d.lgs. 81/2008, ai fini dell'indagine qui condotta, occorre ora concentrare l'attenzione sull'oggetto dell'obbligazione prevenzionistica datoriale, nonché su come si atteggiino le categorie di “parte generale” che guidano l'imputazione delle responsabilità penali in questo peculiare contesto.

3.1. La posizione di garanzia

Al fine di soddisfare la primaria esigenza della salvaguardia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, l'ordinamento prevede – a carico di taluni dei soggetti gravati di obblighi di

³²⁶ Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2023, sent. n. 13303.

sicurezza – una serie di posizioni giuridiche di garanzia rilevanti *ex art. 40 cpv c.p.* – ovverosia – idonee a dar luogo ad una responsabilità per omesso impedimento, secondo la nota formula del «*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*».

Tradizionalmente, si distinguono in dottrina due diverse tipologie di posizioni di garanzia: di controllo, che ricorrono ogni qual volta al garante sia attribuito il potere-dovere giuridico di impedire tutti gli eventi offensivi che possano derivare da una o più specifiche fonti di pericolo, sulle quali egli abbia poteri di signoria, organizzazione e disposizione; di protezione, laddove – per converso – al garante sia attribuito un potere-dovere diretto a tenere indenni beni di soggetti determinati, da tutti i rischi ai quali essi possano essere esposti. In altri termini, le prime sono volte a proteggere soggetti determinati rispetto a rischi indeterminati; le seconde a proteggere soggetti indeterminati da rischi specifici.³²⁷

È opinione condivisa che l'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* sia fondativo di una posizione di controllo: la *ratio* del conferimento della veste di garante risiede, in questa ipotesi, nella situazione di debolezza del titolare del bene, determinata dalla pertinenza esclusiva della fonte di pericolo alla sfera giuridica del garante, con conseguente impossibilità per il titolare del bene minacciato di autoproteggersi adeguatamente, se non con una non consentita ingerenza nella sfera giuridica altrui.³²⁸ Segnatamente, se è vero che i principali destinatari della tutela sono i “lavoratori”, si è già avuto modo di evidenziare come l'individuazione di quest'ultimi – secondo la definizione di cui all'art. 2, 1° comma, lett. a) del T.U. – dipenda dal nesso funzionale, anche occasionale, che intercorre fra la loro attività e l'organizzazione datoriale, ovverosia la “fonte” del rischio che il garante è chiamato a governare.

Come si è visto – in merito alle fonti dei summenzionati obblighi giuridici – l'attuale normativa ha optato per una concezione mista, formale-sostanziale, “positivizzata” nelle singole definizioni contenute nell'art. 2 del T.U., ed in generale nel principio di effettività di cui all'art. 299 TUSL. Ne discende che esistono: da un lato, delle figure “tipizzate” – ciascuna titolare di una serie di doveri più o meno analiticamente definiti dalla legge, cui sono correlati dei poteri giuridici tipici (ad es. per il datore di lavoro, decisionali o di spesa); dall'altro, coloro i quali li esercitino in concreto nell'ambito di ciascun specifico contesto organizzativo.

³²⁷ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, vol. I, I principi generali*, Giappichelli, Torino, p. 59.

³²⁸ I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 108; F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 63.

Inoltre, ai fini dell'operatività della clausola *ex art. 40 cpv c.p.*, è necessario che il potere giuridico di cui il garante dispone, abbia natura "impeditiva". Ovverosia, il soggetto dev'essere in grado di realizzare una contropinta ostativa alla verifica dell'evento lesivo, idonea quindi ad impedirne la verifica. Il contenuto del potere impeditivo non è declinabile a priori: la tipicità della condotta nell'ambito dei reati omissivi impropri, è – al pari dei delitti commissivi causalmente orientati – individuata esclusivamente in relazione alla sua efficacia impeditiva rispetto all'evento *hic et nunc*. Pertanto, risulterà tipica solo la condotta doverosa omessa (cd. "comportamento alternativo lecito") che, se fosse stata realizzata (secondo un giudizio di "prognosi postuma"), lo avrebbe impedito "oltre ogni ragionevole dubbio" (*ex art. 533 c.p.*).³²⁹

Quindi, nei reati omissivi impropri, è possibile rinvenire una relazione biunivoca tra il potere e il dovere giuridico di intervenire: l'obbligo giuridico segna le ipotesi – generali ed astratte – in cui l'ordinamento impone al soggetto di agire; il fascio di poteri di cui egli è titolare, seleziona fra le ipotesi suddette quelle in cui la mancata attivazione può determinare l'attribuzione "normativa" della paternità dell'evento al soggetto. Se così non fosse, la relazione istaurata dall'obbligo di garanzia finirebbe con l'assumere una connotazione meramente formale, oltreché contraria al principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 c. 1° della Cost.³³⁰

Come rilevato da autorevole dottrina, nel contesto del diritto penale del rischio, si è consolidato un paradigma di "prevenzione mediante organizzazione", fondato sull'idea di correlazione tra "gestione del rischio" e organizzazione dei fattori produttivi. Ivi, si impone una duplice esigenza di tutela: da un lato, la necessità di governare fattori di rischio qualificati da potenziale offensivo diffusivo – idoneo a riverberarsi su molteplici ed eterogenei beni giuridici che potrebbero essere offesi dall'esercizio dell'attività d'impresa; dall'altro, si deve tener conto dell'esigenza di contenere e di arginare gli effetti dell'incertezza indotta dalla struttura organizzativa in sé, ovverosia, il rischio che la frammentazione dei processi decisionali dia luogo ad una "irresponsabilità organizzata".³³¹

³²⁹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641.

³³⁰ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 642.

³³¹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 509-510; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2, 2001, p. 338.

La *societas* quale modello sistemico di controllo del rischio, viene gravata di doveri di “buona organizzazione” e, nel contesto di tali doveri organizzativi, s’innestano funzionalmente le “posizioni di garanzia” facenti capo ai soggetti incardinati nell’ente: queste ultime – articolate e distribuite su molteplici livelli, dislocate nel complesso di sviluppo di numerose e distinte fasi dell’attività produttiva, trovano nell’organizzazione il proprio tessuto connettivo, assumendo un carattere “scalare” (dal piano decisionale a quello direzionale, dal livello gestionale a quello di controllo etc.) e multi-livello.³³²

La rilevanza del fattore organizzativo può essere apprezzata nell’ambito della tradizionale distinzione tra posizioni di garanzia originarie e derivate: le prime, come si è già avuto modo di evidenziare, appartengono alle figure tipizzate di garanti, titolari di un’originaria sfera di responsabilità derivante dall’investitura o dal fatto; le seconde, sono modificate e redistribuite da parte dell’ordinamento interno dell’impresa, quali espressioni del fenomeno organizzativo.³³³ Pertanto: rispetto alle prime, la normativa interna di organizzazione assume un valore meramente ricognitivo-dichiarativo, dato che il loro “contenuto” è già predeterminato per legge; rispetto alle seconde, per converso, la delega di funzioni ex artt. 16 e 17 TUSL, plasma già sul piano della tipicità la posizione del delegante e del delegato – possedendo, rispettivamente, un’efficacia al contempo traslativa e costitutiva.

Passando in rassegna le varie tipologie di obblighi di potenzialmente rilevanti – ex art. 40 cpv c.p. – generalmente se ne prospettano tre: I) l’obbligo di garanzia, che secondo certa dottrina³³⁴ sarebbe il solo idoneo a fondare un autentica responsabilità per omesso impedimento, che può essere definito come *«l’obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti dagli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l’incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli»*; II) l’obbligo di sorveglianza, che secondo la posizione prevalente in giurisprudenza è idoneo a fondare un addebito ex art. 40 cpv c.p., ossia *«l’obbligo giuridico gravante su specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi, di vigilare su altrui attività per conoscere dell’eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene»*, per quest’ultimo intendendosi il soggetto titolare di poteri

³³² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia*, op. ult. cit., p. 514.

³³³ A. GARGANI, op. ult. cit., p. 516.

³³⁴ F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia*, op. ult. cit., p. 342; F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 200; ID, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. Comm.*, 4, 2024, p. 699

autenticamente impeditivi – di cui egli possa disporre in via diretta ed autonoma – nonché titolare dell’obbligo di cui al punto che precede; III) il mero obbligo di attivarsi, che comprende, per esclusione, ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto dalla legge a soggetti – privi di poteri giuridici impeditivi o di sorveglianza – al verificarsi dei presupposti di fatto dalla stessa indicati.³³⁵

Se quest’ultima categoria è pacificamente non idonea a fondare un addebito *ex art. 40 cpv c.p.*, rispetto alle posizioni cd. di sorveglianza, la questione è assai più delicata e controversa. Segnatamente, esse sono generalmente rinvenibili in capo agli esperti o consulenti che – seppur privi di autonomi poteri decisionali e di intervento – sono chiamati a cooperare con chi, invece, di quei poteri dispone. Si tratta, ad esempio, del caso dell’RSPP. Come si è già avuto modo di evidenziare, le S.U. Thyssenkrupp hanno ritenuto che tale soggetto sia titolare di una vera e propria posizione di garanzia, in ragione del controllo, avente ad oggetto dati conoscitivi, che egli è istituzionalmente tenuto ad esercitare su un segmento della procedura di valutazione del rischio *ex art. 29 TUSL*: un potere impeditivo di carattere mediato, consistente nella sollecitazione di altro garante idoneo ad intervenire in funzione di tutela del bene, viene ritenuto sufficiente ad integrare il profilo funzionale di una *Garantenstellung*.³³⁶

Infine, vi è un’ultima categoria di obblighi-poteri giuridici di impedimento individuati dalla dottrina, di particolare rilevanza nell’ambito oggetto della nostra analisi: la posizione di “vigilanza-controllo”, molto affine alla posizione che si è poc’anzi definita di “sorveglianza”. Si tratta, in particolare, dell’obbligo di “alta vigilanza” che residua in capo al datore di lavoro-delegante *ex art. 16 c. 3° TUSL*, e che spetta – data la riconosciuta portata generale di tale previsione – al datore di lavoro in relazione a tutti i collaboratori dei quali egli si serva (ivi compresi dirigenti, i preposti, il/i medici competenti etc.). Come si è efficacemente osservato,

³³⁵ Gli incisi sono tratti da F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia*, op. ult. cit., p. 340 e s.

³³⁶ Cfr. Cass. Pen., S.U., 18 settembre 2014, sent. n. 38343: «Ciò che importa è che i componenti del SPP siano destinatari di obblighi giuridici; e non può esservi dubbio che, con l’assunzione dell’incarico, essi assumano l’obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni che si sono viste. D’altra parte, il ruolo svolto da costoro è parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell’evento illecito. Si pensi al caso del SPP che manchi di informare il datore di lavoro di un rischio la cui conoscenza derivi da competenze specialistiche. In situazioni del genere pare ragionevole pensare di attribuire, in presenza di tutti i presupposti di legge ed in particolare di una condotta colposa, la responsabilità dell’evento ai soggetti di cui parliamo. Una diversa soluzione rischierebbe di far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico scientifica.»; in senso analogo cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, n. 23 aprile 2008, n. 25288, *Maciocia*; Cass. pen., Sez. IV, n. 18 marzo 2010, n. 16134, *Santoro*; Cass. pen., Sez. IV, n. 15 luglio 2010, n. 32195, *Scagliarini*; Cass. pen., Sez. IV, n. 21 dicembre 2010, n. 2814, *Di Mascio*; Cass. pen., Sez. IV, n. 23 novembre 2012, n. 49821, *Lovison*.

è in questo contesto che si manifesta la maggiore convergenza contenutistico-teleologica tra i poli collettivo (riconducibile alla “macro posizione” rivestita dall’ente ai sensi della normativa 231) e individuale (propri della persona fisica) di garanzia. Segnatamente, si tratta di posizioni di garanzia “riflessive” o indirette, incentrate su meccanismi di controllo interno (di “organizzazione dell’organizzazione”), aventi per oggetto l’impedimento della commissione di illeciti da parte di soggetti funzionalmente collegati alla struttura aziendale: il rischio è che, nel caso di verifica di eventi lesivi, essi siano imputati “in automatico” al datore di lavoro/delegante, per non aver adeguatamente monitorato le funzioni delegate (*culpa in vigilando*), ovvero per aver scelto soggetti inadeguati (*culpa in eligendo*) in relazione alla natura ed oggetto delle funzioni conferite, e quindi, per non aver impedito il fatto illecito del delegato.³³⁷

Il filo rosso che unisce queste ultime due tipologie di obblighi è costituito dal carattere “performativo” dei poteri impeditivi che vi sono riconnessi: la tendenza alla loro “procedimentalizzazione” e “burocratizzazione”, fa sì che la visione individualistica – “statica” e “atomistica” – della posizione di garanzia soccomba rispetto ad una concezione “relazionale” e “dinamica” della stessa: un soggetto sarà titolare di una posizione di garanzia (ex art. 40 cpv c.p.) non già solo se egli, individualmente considerato, possieda un autonomo potere giuridico in grado da sé di impedire l’evento concretamente verificatosi, ma anche laddove questi disponga della possibilità – mediante la sua condotta attiva – di influenzare il decorso degli eventi, “attivando” una leva dell’ingranaggio procedurale, in modo da sollecitare l’intervento di azioni impeditive altrui, ovvero “ostruendo” l’illecito del controllato (ad es. revocando la delega precedentemente conferita).³³⁸

Il tema presenta un’estrema complessità che – nell’economia di questo scritto – non può essere esaustivamente affrontata. Tuttavia, occorre evidenziare come sia proprio la “relazionalità” delle posizioni di garanzia che caratterizzano l’ambito oggetto del presente studio a comportare sovente un effetto “espansivo” delle imputazioni, con conseguente rischio di *overdeterrence*. Pertanto, occorrerà approfondire come quest’ultimo si determini in riferimento alle altre categorie dogmatiche altrettanto centrali nell’imputazione penale,

³³⁷ A. GARGANI, *Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, op. ult. cit., p. 523.

³³⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, sent. n. 38991; si veda inoltre Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre, n. 39158, secondo la quale «i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l’evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica.»

specialmente per quel che concerne i reati d'evento di omicidio e lesioni colpose: di tratta della causalità, della colpa, dell'intricata figura della cooperazione colposa.

3.2. Teoria del rischio e causalità giuridica

3.3. La causalità condizionalistica quale fattore "eversivo" della tipicità

Senza nessuna pretesa di esaustività, e al solo fine di predisporre le coordinate del discorso che segue, occorre richiamare la struttura del nesso di causalità nel diritto penale, quale emerge dalle disposizioni codicistiche e dalla loro elaborazione dogmatica. Il nucleo della disciplina è costituito dall'art. 41 c. 1° del c.p.: la condotta umana è causale quando costituisce una delle condizioni necessarie dell'evento, e tale nesso non è escluso quando concorrono altre condizioni preesistenti, simultanee e sopravvenute. La formula legale viene generalmente ritenuta espressione dell'adesione del codice alla teoria della *condicio sine qua non* o dell'equivalenza causale: la "causa" – secondo un'impostazione che pare preferibile – dev'essere intesa quale il complesso delle condizioni antecedenti all'evento; solo l'insieme di tali condizioni, nessuna esclusa, è sufficiente alla produzione dell'esito considerato dalla norma incriminatrice. Per converso, i singoli fattori che si inscrivono nella compagine causale, individualmente considerati, sono condizioni necessarie (o meglio, non ridondanti) ma da sole non sufficienti alla verifica dell'evento *hic et nunc* (ossia, dell'evento così come si è verificato in concreto, e non concepito in termini astratti).³³⁹

Insomma, chiarito che il rapporto logico di necessità delle singole concause alla produzione dell'evento deve intendersi in relazione al complesso di fattori, presenti in ciascun singolo contesto, insieme sufficienti a produrre l'evento *hic et nunc*, e che rilevanti sul piano condizionalistico sono tutte le condizioni, nessuna esclusa, che si pongano nella suddetta relazione logica di non ridondanza rispetto all'evento, è agevole notare come tutte le concause facenti parte del "complesso" siano poste "sullo stesso piano" – siano appunto, equivalenti – senza distinzioni o graduazioni. La condotta dell'agente sarà pertanto causale nella misura in cui questa costituisca una componente non ridondante di un insieme di condizioni che, nel caso concreto, è sufficiente a produrre l'evento – senza che siffatta rilevanza possa venir "pesata" in ragione della significatività dell'apporto eziologico da essa determinato.³⁴⁰

³³⁹ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 196; ID, *Causalità giuridica*, op. cit., p. 37.

³⁴⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 263.

Il meccanismo logico tramite il quale tale relazione di “necessità” del singolo fattore in relazione alla verifica dell’evento *hic et nunc* viene accertato è costituito dal cd. “giudizio controfattuale” – il quale, tuttavia, tende ad atteggiarsi in maniera diversa a seconda che si tratti di reati commissivi d’evento ovvero omissivi impropri. Nel primo caso sarà infatti necessario “eliminare” mentalmente la condotta che effettivamente è stata realizzata; nel secondo, invece, essa dovrà essere ricostruita (*rectius* ipotizzata) alla luce della cd. “posizione di garanzia” – la cui natura è essenzialmente normativa – ed “aggiunta” alla serie causale concretamente verificatasi: se rimuovendo (nel primo caso), ovvero aggiungendo (nel secondo) la condotta attiva od omissiva, la verifica dell’evento *hic et nunc* viene meno, allora si può ritenere accertato il nesso di causalità fra condotta (attiva od omissiva) ed evento. In ogni caso, la causalità condizionalistica – lo si ribadisce – dev’essere collocata nella sua specifica occorrenza fattuale, riferita ai fatti così come si sono concretamente verificati e non astrattamente considerati: vi è infatti oggi un sostanziale accordo, sia in dottrina che in giurisprudenza sul fatto che la connessione tra la condizione e l’evento debba essere intesa con riferimento all’accadimento concreto, inteso nella sua storicità (*hic et nunc*) e non in senso categoriale – astratto.³⁴¹

In ogni caso, laddove si tratti di eventi naturalistici, l’accertamento dovrà condursi tramite il ricorso alle cd. “leggi scientifiche di copertura” – ovverosia, enunciati che esprimono successioni regolari di accadimenti, frutto dell’osservazione sistematica della realtà fisica o psichica.³⁴² Lo schema per la loro utilizzazione – nell’impostazione originaria – assumeva la struttura di un sillogismo,³⁴³ in cui la premessa maggiore è costituita dalla legge scientifica che

³⁴¹ La chiave contestuale della causalità condizionalistica emerge chiaramente da quanto esposto da J.L. Mackie nel suo *The cement of the Universe*: ad avviso dell’Autore, per comprendere il ruolo svolto da una singola condizione rispetto ad un evento è indispensabile realizzare un accertamento di tipo controfattuale che tenga conto delle specifiche circostanze dato. Ad es. un fiammifero può essere acceso tramite lo sfregamento (a), ma anche attraverso il contatto diretto con il ferro rovente (b). Entrambe le condizioni (a) e (b) – prese singolarmente – sono sufficienti ma non anche sempre necessarie per la verifica dell’evento “accensione di un fiammifero”. Non si può, pertanto, mai prescindere dal richiamo del contesto per la spiegazione causale di un evento, poiché non è detto che una condizione assuma il medesimo ruolo in ordine ad un evento del tipo di quello che si è verificato. Di qui, l’Autore conia la felice definizione di condizione come *INUS-condition* (*Insufficient Non-redundant component of Unnecessary Sufficient Complex*): è causa la condizione insufficiente ma necessaria (non ridondante) che si colloca all’interno di un complesso causale sufficiente ma non necessario. Cfr. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, op. cit., p. 50.

³⁴² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, op. ult. cit., p. 264.

³⁴³ F. STELLA, *Giustizia e modernità, La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 339 e s. – secondo cui «la spiegazione causale, la spiegazione del “perché” dell’evento singolo, deve soddisfare i requisiti di una spiegazione in cui l’*explanans* contiene immancabilmente una o più leggi causali universali e alcune asserzioni singolari (cd. condizioni iniziali) che sono vere per l’evento considerato». Data l’impostazione meramente nomologico-deduttiva proposta dall’Autore al fine della ricostruzione della causalità condizionalistica,

descrive la successione regolare tra la classe di accadimenti A e la classe di accadimenti B; la premessa minore è un caso concreto sussumibile sotto quella legge scientifica, che perciò si presta a descriverne l'eziologia; la conclusione è che quella condotta è causa di quell'evento concreto.³⁴⁴

Data la struttura meramente nomologico-deduttiva di tale ragionamento, la veridicità delle conclusioni è trasmessa dalla validità delle premesse: se la legge scientifica consta in un enunciato che asserisce una regolarità senza eccezioni nella successione di eventi (cd. leggi universali), la prova del fatto può darsi anche solo "sussumendo" il caso concreto nella stessa. Tuttavia, accade molto più di frequente che le uniche leggi disponibili siano a carattere statistico-probabilistico, ovvero, consistano in generalizzazioni nomiche causali a base probabilistica (nelle quali, semplificando, la relazione causale, per qualunque ragione, non si realizza immancabilmente ma solo in una definita percentuale di casi – espressa da un coefficiente matematico).

La dimensione probabilistica di queste ultime dipende spesso dalla complessità ed eterogeneità dei fattori che influiscono nella eziologia di un evento (si pensi ad es. al caso del mesotelioma pleurico, nella cui eziologia possono rilevare diversi fattori quali il fumo di sigarette, l'esposizione alle polveri di asbesto, lo smog atmosferico etc.). Di qui, si è sviluppato un acceso dibattito sull'utilizzabilità o meno di queste ultime al fine di provare la sussistenza della causalità materiale, secondo lo standard del "oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p.³⁴⁵

La questione è stata (parzialmente) risolta dalla nota sentenza delle SU Franzese,³⁴⁶ che ha consacrato una volta per tutte il rigetto del cd. criterio dell'aumento del rischio – secondo il quale si riteneva causalmente rilevante ogni condotta che avesse (solo) incrementato la probabilità dell'evento, per la sua idoneità a creare o accrescere il pericolo, anche in assenza di

egli infatti giunge a negare l'applicabilità delle leggi scientifiche "probabilistiche": la validità delle conclusioni, come si è affermato, è infatti imprescindibilmente determinata dalla validità delle premesse.

³⁴⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, op. ult. cit.;

³⁴⁵ Cfr. A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1037 - «dobbiamo, in primo luogo, porre la questione se le leggi di copertura abbiano carattere di necessità universale oppure carattere probabilistico. In realtà, l'indirizzo di filosofia della scienza che operava una netta distinzione tra le due categorie può dirsi oggi superato. Nessuna legge scientifica ha un carattere che non sia probabilistico, anche se le leggi scientifiche che utilizziamo nell'esperienza comune sembrano essere rigide ed immutabili, consentendo quindi applicazioni deduttive. [...] Ebbene, possiamo avvalerci di una legge statistica in senso stretto per fondare un giudizio di *condicio sine qua non?*».

³⁴⁶ *Cass. S.U.* 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *CED Cass.* n. 222138.

una prova controfattuale che la rendesse *condicio sine qua non* – in favore di una netta affermazione del criterio condizionalistico del *all or nothing*,³⁴⁷ ma temperato dal riconoscimento della natura contestuale del condizionalismo:³⁴⁸ ivi si sostenne – difatti – che il problema delle valutazioni probabilistiche non mette in crisi tanto l’unitarietà del modello condizionalistico (ritenuto valido sia per i reati commissivi che omissivi impropri), ma bensì si manifesta sul piano della sua concreta trasposizione a livello processuale, nel suo concreto impiego nell’accertamento giudiziale della causalità. Fra le due soluzioni estreme prospettatesi nella giurisprudenza precedente – ovvero, da un lato negare la sussistenza della causalità ogni qual volta non si disponesse di “leggi universali” o leggi probabilistiche che esprimessero un coefficiente (matematico) vicino alla certezza; dall’altro, considerarla provata anche laddove sussistessero significative *chances* di riduzione del rischio di verifica dell’evento – la Corte scelse una terza via: l’accertamento del nesso causale va compiuto sulla base dell’evidenza disponibile e delle generalizzazioni nomologiche; ed esso è dimostrato solo quando la condotta dell’agente è condizione necessaria dello specifico evento lesivo sulla base di tradizionali canoni di certezza processuale conducenti, all’esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da un «*alto grado di credibilità razionale o conferma dell’ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare*». Un giudizio che, prosegue la Corte, può essere anche espresso in termini di elevata probabilità

³⁴⁷ Il modello di spiegazione causale fondato sulla condizione I.N.U.S. differisce in una certa misura da quello meramente nomologico-deduttivo: si richiede, infatti, di ricostruire dapprima la “rete di circostanze” a partire dall’evento, per poi indagare la valenza causale del singolo componente della rete stessa per individuare, appunto, la condizione I.N.U.S. (cfr. nota 347). Quest’ultima è senz’altro un antecedente senza il quale l’evento non si sarebbe verificato, ma la relazione fra antecedente e susseguente è espressa in termini di non ridondanza, non già di necessità: essa è infatti un elemento di per sé insufficiente ma necessario per la verifica dell’evento, all’interno di un complesso di circostanze viceversa non necessario ma sufficiente per l’evento stesso (*Insufficient Non-redundant element of Unnecessary Sufficient condition*). Pertanto, l’evento avrebbe comunque potuto verificarsi in presenza di un complesso causale caratterizzato da una composizione differente, ma comprensivo in ogni caso della condotta in parola. Cfr. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 460.

³⁴⁸ La questione si è posta in origine nell’ambito della responsabilità medica. Segnatamente, in tale cornice, si sviluppò un contrasto giurisprudenziale a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, tale per il quale: secondo un primo orientamento, bastava che fosse dimostrata l’idoneità della condotta “alternativa lecita” del sanitario ad aumentare seriamente le *chances* di successo dell’operazione (e quindi, di evitamento dell’evento lesivo); secondo un opposto orientamento, per converso, il nesso di condizionamento si sarebbe potuto rinvenire solo laddove l’intervento sanitario omesso avrebbe con certezza evitato l’evento avverso. La conseguenza dell’impiego del criterio dell’aumento del rischio, secondo i critici, comportava una surrettizia “trasformazione” dei reati di evento in reati di pericolo; il secondo, tuttavia, se rigidamente inteso, comportava l’impossibilità di ravvisare il nesso nella pressoché totalità dei casi. Tali divergenze hanno infine determinato il rinvio della questione di diritto alle S.U. Franzese. Cfr. *amplius* R. BLAIOTTA, *Predizione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Vol. III, *Parole dal lessico di uno studioso*, Giuffrè, 2022, p. 1736 e s.

logica o plausibilità razionale confinante con la certezza.³⁴⁹ In altre parole, si distingue fra probabilità statistica e probabilità logica, abduzione ed induzione, formulazione di ipotesi e loro corroborazione processuale: occorre anzitutto una verifica attenta sulla fondatezza delle generalizzazioni e sulla loro applicabilità nella fattispecie concreta, ma – laddove queste si rivelino valide pur esprimendo coefficienti statistici medio-bassi – sarà pur sempre possibile pervenire alla dimostrazione del nesso di condizionamento tramite l'esclusione di fattori interagenti in via alternativa (cd. decorsi causali alternativi,³⁵⁰ o sopravanzamento, ad indicare casi nei quali – se non avesse agito una certa causa, l'effetto sarebbe comunque assicurato grazie alla sussistenza di una causa alternativa, da sola idonea a produrlo).³⁵¹

Una ulteriore notazione si rende necessaria in relazione ai casi – diversi dal sopravanzamento – che si suole indicare in termini di sovradeterminazione, ad indicare che l'evento è il prodotto dell'azione simultanea di più cause: ci si riferisce alle ipotesi di causalità addizionale e cumulativa. Si parla di causalità addizionale laddove l'evento (*hic et nunc*) è il risultato di una pluralità di condizioni, ciascuna capace di produrre il risultato illecito da sola, indipendentemente dall'altra;³⁵² per converso, si parla di causalità cumulativa per indicare le ipotesi in cui vi siano più cause che tuttavia agiscano sinergicamente – cumulativamente, appunto – ovvero sia sommandosi l'una all'altra.³⁵³

In quest'ultimo caso, esiste senza alcun dubbio un nesso condizionalistico tra ambedue i fattori e l'evento, poiché entrambe non possono essere “eliminate” mentalmente senza che

³⁴⁹ R. BLAIOTTA, *La sentenza Francese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 2025.

³⁵⁰ I cd. “decorsi alternativi ipotetici” – nell'ambito dell'accertamento dei reati commissivi d'evento – vengono considerati irrilevanti dalla dottrina prevalente: il principio fondamentale stabilisce che nell'accertare l'esistenza o l'inesistenza del rapporto causale ci si deve riferire alla situazione di fatto, mentre va esclusa, nel modo più assoluto, la rilevanza di fattori ipotetici, meramente congetturali. Essi, tuttavia, assumono rilievo sul piano dell'accertamento processuale della causalità, nella misura in cui le parti prospettino diverse ricostruzioni dei fatti, suggerendo la “sussunzione” degli stessi tramite l'impiego di diverse “leggi scientifiche di copertura”. Nella misura in cui, in forza di tali ricostruzioni alternative (ipotetiche, fino a che non siano corroborate dai fatti di causa accertati nel contraddittorio fra le parti) sussistono dei dubbi ragionevoli in merito alla presenza di una spiegazione causale alternativa, per cui vi sia una causa – indipendente dalla condotta dall'agente – che sia stata da sola in grado di avviare un autonomo decorso causale, tale per il quale l'eliminazione mentale dell'azione non farebbe venir meno la verifica dell'evento *hic et nunc*, il giudice dovrà pervenire all'assoluzione. (cfr. K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, op. cit., p. 110).

³⁵¹ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, op. cit., p. 341.

³⁵² Ad es. si prenda in considerazione il caso di due persone che, ciascuna per proprio conto e all'insaputa dell'altra, versano una dose di per sé letale di veleno nel cibo di un nemico, provocandone la morte.

³⁵³ Ad es. si prenda in considerazione il caso in cui due persone, l'una all'insaputa dell'altra, versino dosi di veleno in momenti diversi nel bicchiere di un nemico comune – laddove esse non siano da sole sufficienti a provocarne la morte, ma lo divengano integrandosi.

l'evento venga meno. La teoria della *condicio* trova lineare applicazione. Per converso, rispetto ai casi di causalità *addizionale*, è evidente che – poiché applicando il procedimento di eliminazione mentale di ciascuno dei fattori singolarmente considerati l'evento si verificherebbe comunque, portando all'assurda conclusione che nessuno di essi sia *condicio sine qua non* dell'evento stesso – il condizionalismo puro debba subire una specificazione: il giudizio controfattuale va condotto considerando ciascun fattore come parte di un possibile decorso eziologico completo, verificando se esso sarebbe stato condizione necessaria dell'evento nell'ipotesi in cui gli altri fattori sufficienti non si fossero verificati.³⁵⁴ Se la distinzione fra le suddette ipotesi pare piuttosto chiara in teoria, nella pratica si è in realtà rivelata particolarmente difficoltosa. Essa, infatti, assume un esiziale rilevanza nel contesto oggetto della presente analisi. Spesso, infatti, il risultato lesivo (ad es. un infortunio o una malattia professionale) può considerarsi il prodotto di una pluralità di decisioni, assunte sincronicamente ai vari livelli dell'organigramma aziendale, ovvero diacronicamente da attori diversi che eventualmente siano succeduti nella medesima posizione di garanzia nel tempo.³⁵⁵ Si tratta di ipotesi ricorrenti nella prassi, data la tendenziale impersonalità delle funzioni attribuite nell'ambito di contesti organizzati, connotati da un minimo di complessità. Pertanto, la prova della causalità materiale in ordine allo specifico evento che si sia verificato, diviene spesso quanto mai complessa, specie in assenza di leggi scientifiche che permettano di affermare non solo un nesso causa-effetto, ma pure di descriverne l'eziologia in concreto, ossia il “come” e il “perché” esso si sia prodotto.

Infine, occorre accennare ad un altro tema di estrema rilevanza – in parte affrontato dalla summenzionata pronunzia Franzese – ma da essa non del tutto chiarito: si tratta delle modalità di accertamento della causalità omissiva, specialmente nell'ambito dei reati omissivi impropri colposi, rispetto alla quale il principio individuato dalle S.U. dell'alta “probabilità logica” – ottenibile mediante esclusione delle ipotesi causali alternative – sembra entrare in crisi.

³⁵⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 202; nello stesso senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 264.

³⁵⁵ Si tratta delle questioni emerse con particolare cogenza nel processo cd. *Eternit-bis* (Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899): i dubbi in ordine alla concreta eziologia del mesotelioma pleurico, la lunghissima latenza della patologia e la successione diacronica dei garanti apicali della *holding* – cui venivano ricondotte le decisioni organizzative determinanti l'esposizione incontrollata dei lavoratori all'asbesto – hanno posto problemi probatori di straordinaria complessità, incidendo direttamente sulla delimitazione dell'area dell'imputazione causale e portando il Giudice di legittimità ad annullare con rinvio le decisioni impugnate. *cfr.* S. ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 73 e s.

3.4. Il problema della causalità nel reato omissivo improprio

Come si è già affermato, i reati commissivi mediante omissione costituiscono fattispecie che nascono da una clausola generale – espressa dall'art. 40 *cpv* c.p. – che estende l'applicazione delle disposizioni penali di parte speciale che puniscono la causazione di un evento per effetto di una condotta attiva, trasformandole: l'imputazione dell'evento avviene a seguito di una condotta omissiva, costituita dal mancato compimento di un'azione in violazione di un obbligo giuridico.³⁵⁶

A differenza di quanto accade rispetto ai reati commissivi d'evento, ove vi è una condotta che si manifesta naturalisticamente, l'omissione consiste in un *non facere* – in un *nihil* dal punto di vista empirico³⁵⁷. Di qui, la riconosciuta natura normativa della condotta omissiva: «il reato di omissione e di evento contiene rispetto a quello commissivo un elemento in più, la posizione di garanzia e un elemento in meno, il nesso causale naturalistico. Tale nesso causale naturalistico, che costituisce il primo gradino d'imputazione e di filtro della responsabilità penale nei reati commissivi, è sostituito in quelli omissivi dalla posizione di garanzia, che a sua volta ne costituisce il primo gradino di imputazione e di selezione. Assumendo o ricevendo la posizione di garanzia, il soggetto entra in contatto normativo con il garantito, così come nei fatti commissivi il soggetto, agendo, entra in contatto fisico materiale con il soggetto passivo».³⁵⁸

L'assenza di una relazione causale di tipo naturalistico comporta che la connessione condizionale fra omissione ed evento attinga propriamente ad una dimensione logica – e non già naturalistica: se nei reati commissivi si indica un rapporto fra due entità reali (l'azione dell'uomo ed un accadimento esterno) il cui accertamento presuppone la spiegazione di quanto si è verificato; nei reati omissivi impropri l'accertamento assume un valore ipotetico o

³⁵⁶ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 221.

³⁵⁷ Si consideri a tal proposito quanto rilevato da Giovanni Fiandaca, secondo il quale «l'azione rappresenta qualcosa di reale nel mondo esterno, un fenomeno dotato di fisicità e perciò naturalisticamente percepibile con i sensi: per cui essa è definibile – al minimo – come un movimento corporeo del l'uomo che provoca una modificazione osservabile del mondo esterno. L'omissione, invece, è qualcosa di materialmente non percepibile; essa è priva di substrato fisico, è un dato immateriale, un “nulla”» G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 547.

³⁵⁸ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, Giuffrè, 2006, p.1284.

prognostico, in quanto si tratta di verificare se l'azione doverosa omessa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo.³⁵⁹

È stato quindi rilevato dalle S.U. Franzese come la causalità condizionalistica individua il giudizio controfattuale quale essenziale strumento di indagine, e di come esso attenga alla dimensione “logica” dell'imputazione causale: di qui, la necessità di valutare la rilevanza causale – anche rispetto all'omissione – secondo l'ottica binaria dell'*all or nothing* (d'altronde, l'art. 40 *cpv* c.p. parla di “obbligo giuridico di impedire l'evento”). Il giudizio controfattuale rispetto ai reati omissivi, tuttavia, presenta una caratteristica particolare: per verificare il rilievo condizionalistico dell'omissione occorre “aggiungere” mentalmente al reale decorso causale la condotta omessa, definita in maniera “astratta” e “categoriale”. Come hanno evidenziato le successive S.U. Thyssenkrupp, l'astrattezza del giudizio controfattuale determina una radicale diversità sul piano del ragionamento probatorio, che in tali casi assume carattere predittivo, prognostico.³⁶⁰

Se il concetto di “alta probabilità” logica proposto dalle SU Franzese si fonda su un modello epistemologico ipotetico-deduttivo della causalità, fondato su un rigoroso atteggiamento critico e su un serrato confronto fra l'ipotesi e i fatti, tale per il quale la congruenza di un'ipotesi ricostruttiva dipende dal confronto con quest'ultimi – i quali possono, pertanto, falsificarla o confermarla – esso sembra inadatto ad applicarsi alla peculiare natura prognostica del controfattuale nei reati omissivi impropri.³⁶¹

Occorre, infatti, distinguere fra ragionamento esplicativo – tipico della causalità commissiva – e ragionamento predittivo – proprio, per converso, della causalità omissiva: il primo guarda al passato, tentando di spiegare le ragioni di un accadimento, di individuare i

³⁵⁹ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, op. cit., p. 255.

³⁶⁰ Nota, infatti, la Corte che «*il procedimento di eliminazione mentale, per poter funzionare, presuppone che siano già note le regolarità scientifiche od esperienziali che governano gli accadimenti oggetto d'interesse. Nell'ambito dei reati commissivi mediante omissione tale indagine si rivela spesso particolarmente problematica. Infatti, nei reati commissivi l'azione umana è una parte naturalisticamente reale, certa, della spiegazione dell'evento. [...] Al contrario nei reati omissivi che qui interessano, dal punto di vista naturalistico, si è in presenza di un nulla, di un non fare. La condotta doverosa che avrebbe potuto in ipotesi impedire l'evento deve essere rigorosamente descritta, definita con un atto immaginativo, ipotetico, fondato precipuamente su ciò che accade solitamente in situazioni consimili, ma considerando anche le specificità del caso concreto. Alla stregua di tale base ricostruttiva occorre determinare se l'azione doverosa avrebbe avuto concrete chances di salvare il bene protetto o di annullare il rischio. È chiaro che un così complesso giudizio, per il suo carattere ipotetico o prognostico, è per sua natura esposto a maggiori margini d'incertezza.*» (Cass. S.U. n. 38343/2014, cit.)

³⁶¹ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, op. cit., p. 301 s.; ID, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 225-226.

fattori che lo hanno generato; il secondo guarda al futuro, cercando di comprendere che cosa sarebbe successo laddove l'attore avesse tenuto la condotta doverosa omessa. Mancando una base fattuale con cui falsificare o convalidare l'ipotesi ricostruttiva, fondata su una generalizzazione scientifica o esperienziale, è qui assai importante il coefficiente probabilistico della regolarità che la caratterizza. In altre parole, in questo caso, le generalizzazioni sono impiegate in chiave quasi esclusivamente deduttiva e, di conseguenza, il grado di incertezza che le caratterizza tende a traslarsi dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo probatorio.

Anche in questo caso la considerazione del fatto storico permette di corroborare in una certa misura l'ipotesi ricostruttiva, ma sta di fatto che l'ideale condizionalistico della certezza non può essere quasi mai conseguito, particolarmente nel campo dei reati colposi, ove spesso le regole cautelari omesse (che valgono a specificare l'esercizio del potere impeditivo riconnesso alla posizione di garanzia) hanno natura impropria – ovvero – promettono una mera diminuzione del rischio di verifica dell'evento lesivo, ma non invece di neutralizzarlo del tutto.³⁶²

Tuttavia, la responsabilità per i delitti di evento che ricorrono nell'ambito oggetto del nostro studio, nella grandissima maggioranza dei casi, può essere ricondotta al paradigma della causalità commissiva: molto spesso – infatti – la verifica di eventi offensivi viene intesa non come frutto di un'omissione, ma bensì quale una positiva decisione organizzativa: la prosecuzione dell'attività produttiva pur in presenza di un rischio conosciuto (o conoscibile) e non governato. Pertanto, di regola, ciò che più rileva nell'eziologia dei fatti, è non già il “non aver impedito” un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, ma bensì di aver organizzato consapevolmente il lavoro in condizioni di rischio elevato, rinviando investimenti, non predisponendo misure adeguate, mantenendo in funzione l'impianto eccetera.³⁶³

³⁶² Sul tema *cfr.* Cass. S.U. Thyssenkrupp, cit. - «>».

³⁶³ Esemplificativa fu la qualificazione delle responsabilità degli imputati nell'ambito della sentenza emessa dalle S.U. Thyssenkrupp (n. 38343/2014 cit.). Nel passaggio in cui la Corte ricostruisce la condotta dei vertici aziendali, si legge: «la condotta addebitata agli imputati non si esaurisce in una mera omissione di cautele, ma si concreta nella deliberata scelta di proseguire l'attività produttiva in condizioni di rischio, omettendo gli interventi strutturali necessari, pur nella consapevolezza della situazione di pericolo esistente». In un altro punto, nella sezione dedicata alla motivazione in ordine alla differenza fra colpa cosciente e dolo eventuale, la Corte precisa «Non si è in presenza di una semplice inerzia, ma di una gestione dell'attività imprenditoriale che ha consapevolmente tollerato il rischio, rinviando interventi prevenzionistici ritenuti non compatibili con le scelte aziendali». E infine, in merito al criterio di distinzione fra qualificazione attiva od omissiva della condotta contestata, osserva la Corte: «Pare che la risposta, talvolta problematica, debba tenere conto dell'ottica giuridica di attribuzione di paternità del fatto e di ciò che assume significato in questo senso. Insomma, si tratta di cogliere se nella spiegazione dell'evento abbia

Ne consegue che molti dei problemi sopra evidenziati si pongono generalmente con minore cogenza, poiché la rilevanza eziologica della “condotta alternativa lecita” tende a spostarsi dal piano della causalità materiale (art. 40 e 41 c.p.) a quello della cd. “causalità della colpa” (art. 43 c. 3° c.p.), ove generalmente si ritiene (pur trattandosi di un’opinione avversata da alcuni illustri Autori³⁶⁴) che lo standard probatorio richiesto sia più vicino al paradigma civilistico del “più probabile che non”. La ragione riposa nel fatto che *«l’evitabilità ai sensi dell’art. 43 c.p., non essendo la causalità ai sensi dell’art. 40 c.p., significa qui rilevante probabilità di evitare un evento comunque certamente cagionato»*. Così, nel caso in cui vi è la sicura causazione dell’evento – nell’ambito dei reati commissivi colposi – si avrà “causalità della colpa” *«finché le probabilità di salvare il bene siano significativamente superiori in caso di condotta diligente [...]. Non è essenziale sapere che cosa sarebbe esattamente successo»*, poiché *«il senso della cautela doverosa è che fosse utile, laddove si sappia che la condotta colposa ha cagionato la lesione e la negligenza ha peggiorato in modo decisivo (superiore al 50%) la situazione del bene»*.³⁶⁵

Data la rilevanza esiziale della distinzione fra condotte commissive e omissive, non paiono del tutto infondate le critiche mosse da autorevole dottrina in merito all’equiparazione – proposta dalla più recente giurisprudenza di legittimità – tra “posizione di garanzia” e “sfera di responsabilità gestoria”. Sembra infatti che, alla base della stessa, vi sia anche la ricerca di semplificazioni probatorie: *«la surrettizia “trasfigurazione” strutturale mira, da un lato, a compensare la penuria di reati omissivi di mera condotta, dall’altro, a semplificare l’accertamento della responsabilità, prescindendo dalla prova della causalità omissiva. La deformazione ermeneutica dell’art. 40 comma 2 c.p. riguarda, soprattutto, il concetto di “impedimento”, che subisce una curvatura “organizzativa” correlata alla gestione del rischio: «non organizzarsi in modo tale da ridurre il rischio del verificarsi dell’evento che si ha la possibilità di prevenire, equivale a cagionarlo»»*.³⁶⁶

avuto un ruolo significativo e preponderante la condotta commissiva o quella omissiva. Allora, nel caso di errore diagnostico o terapeutico il fatto che l’agente si sia in qualche modo attivato è alquanto insignificante. Occorre quindi ragionare in termini di causalità omissiva. Invece nei casi del taglio della arteria, del trapianto [di un organo affetto da tumore] o di esposizione incontrollata a sostanze dannose il comportamento attivo assume un significato preponderante nella spiegazione dell’evento. Si tratta quindi di causalità commissiva.»

³⁶⁴ *Ex multis*, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Vol. I, Giuffrè, 2003; C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, op. cit., p. 243.

³⁶⁵ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 78.

³⁶⁶ A. GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, op. cit., p. 541.

In ogni caso, lungi dal trattarsi di una categoria – quella della “garanzia-competenza” – elaborata al fine di rispondere ad esigenze general-preventive in sede di valutazione della responsabilità individuale, occorre apprezzarne le potenzialità euristiche in termini di delimitazione dell’effetto “espansivo” e scarsamente selettivo di una causalità intesa in termini meramente condizionalistici. Segnatamente, in relazione al tema del *chilling effect*, questa offre spunti interessanti al fine di garantire una più precisa delimitazione delle rispettive sfere di competenza, riducendo il rischio di incertezze ed errori, per lo meno in riferimento al contenuto della diligenza richiesta a ciascun “attore” della sicurezza in azienda.

3.5. Teoria della *condicio sine qua non* ed imputazione oggettiva dell’evento

Si è visto come la teoria della *condicio* sia caratterizzata dalla costitutiva, ontologica indifferenza per il rilievo, per il ruolo qualitativo delle singole condizioni (cd. concause), che sono tutte per definizione equivalenti.³⁶⁷ Basta infatti guardare al disposto di cui all’art. 41 c. 1° c.p. – a mente del quale: «*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 l'azione od omissione e l'evento*». Tale modello causale – com’è stato costantemente notato dalla più accorta dottrina e dalla più illuminata giurisprudenza – si presenta come una categoria intrinsecamente dotata di un potenziale “eversivo” della tipicità: basti notare come l’irrelevanza della sussistenza di concause preesistenti e concomitanti sembra legittimare un *regressus ad infinitum* quanto alle condotte dotate di efficienza causale. A ben vedere, l’idea di “correggere” il mero condizionalismo nell’accertamento della causalità, si impone nel senso di valorizzarne la componente “normativo-valoriale”: la causalità giuridica – lungi dal corrispondere a quella naturalistica – si caratterizza quale criterio giuridico di ascrizione di responsabilità, ovverosia, quale meccanismo di imputazione di un evento ad un soggetto individuabile quale “autore” di un fatto “proprio”, prima ancora che “colpevole”.³⁶⁸

Di qui si è posta l’esigenza di integrarlo tramite dei criteri “correttivi”, anzitutto per tramite delle celebri teorie della causalità adeguata e dell’antoliseiana causalità umana,³⁶⁹ fondate su interpretazioni differenti del controverso disposto di cui al c. 2° dell’art. 41 del c.p.

³⁶⁷ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 63.

³⁶⁸ K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 380.

³⁶⁹ La teoria è esposta nella celebre monografia di ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934.

Fra queste teorie, oggi appare di preminente interesse – in quanto esplicitamente accolta dalle più recenti pronunzie della Suprema Corte – la cd. teoria dell'imputazione obiettiva.

Elaborata dalla dottrina tedesca a partire da tempi risalenti³⁷⁰, al fine di tradurre in termini giuridicamente operativi il principio di colpevolezza (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*)³⁷¹, essa impone che in aggiunta (e perciò, non in sostituzione) al giudizio sulla causalità fondato sul criterio della *condicio*, sia necessario aggiungere un autonomo giudizio di imputazione oggettiva – attraverso il quale conferire carattere normativo al rapporto fra condotta ed evento (*objektive Zweckhaftigkeit*)³⁷² – delimitando già la rilevanza tipica delle condotte condizionalisticamente rilevanti sul piano della tipicità oggettiva, prima perciò della formulazione del giudizio in merito alla colpevolezza.

La teoria si fonda sulla centralità del concetto di rischio (giuridicamente rilevante), e di qui, sulle due “radici” della teorica in esame (*Grundformel*): la creazione del rischio (illecito) per il tramite della condotta, valutata da una prospettiva *ex ante*; la sua necessaria concretizzazione nell'evento (cd. nesso di rischio) valutato da una prospettiva *ex post*. Perciò, secondo quest'impostazione, l'evento tipico è oggettivamente imputabile all'autore della condotta come “opera sua” qualora, una volta accertato il pregiudiziale nesso condizionalistico tra condotta ed evento, si ritenga che in quest'ultimo si sia realizzato il rischio illecito precedentemente creato (o incrementato) dall'autore con la sua condotta:³⁷³ il nesso di imputazione oggettiva si deve perciò intendere quindi quale sinonimo di “nesso di rischio”.

3.5.1. Il nesso tra colpa ed evento: concretizzazione del rischio e comportamento alternativo lecito

Nel delitto colposo, tuttavia, il nesso di rischio non esaurisce il problema dell'imputazione. La riflessione più recente ricostruisce il nesso normativo tra colpa ed evento come un rapporto articolato in due passaggi: da un lato, la concretizzazione del rischio che la specifica regola cautelare violata mirava a prevenire; dall'altro, l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito. Solo l'evento che rientra nello scopo di

³⁷⁰ M. HELFER (2021). *Imputazione oggettiva (la teoria dell')*. In A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO, G. SPANGHER (a cura di), *Digesto delle Discipline Penalistiche. Aggiornamento XI* (.). Wolters Kluwer, p. 328 s.

³⁷¹ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 1;

³⁷² HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard v. Frank, I, Tübingen*, 1930. Cit. da M. HELFER (2021). *Imputazione oggettiva (la teoria dell')*, op. cit., p. 328 s.

³⁷³ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, op. cit., p. 19 e s.; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 206 e s.

protezione della regola cautelare e che sarebbe stato evitato dall'osservanza della cautela può essere ascritto al garante.³⁷⁴

Ne consegue che, specialmente nel diritto penale del lavoro, non è sufficiente accertare una generica carenza organizzativa o la mera violazione di un dovere procedurale. Occorre individuare la specifica regola cautelare, precisarne la classe di eventi che essa mirava a governare e verificare, con il diverso standard probatorio richiesto nei reati commissivi e omissivi, se il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito proprio quell'evento. In difetto, il giudizio scivola verso una responsabilità da evento, alimentata dal senno di poi.³⁷⁵

3.6. Il criterio della competenza

in quest'ottica, si ritiene necessario – al fine di garantire l'ossequio del principio di responsabilità per fatto proprio – distinguere i differenti ruoli degli agenti coinvolti, le diverse sfere di competenza: si tratta perciò di un approccio assai importante, particolarmente nell'ambito dei reati di omicidio e lesioni colposi che si consumano drammaticamente nel contesto oggetto del nostro studio, spesso nell'ambito di organizzazioni assai articolate, nelle quali operano diversi agenti e garanti.³⁷⁶

L'imputazione oggettiva richiede perciò, oltre alla pregiudiziale rilevanza condizionalistica della condotta, un accertamento bifasico che dimostri: I) la creazione di un pericolo giuridicamente riprovato (in senso "obiettivo" – nella misura in cui esso dev'essere tale indipendentemente dalla "colorazione" soggettiva della condotta stessa³⁷⁷), dovendo escludersi l'imputazione laddove l'azione abbia influito sulla produzione dell'evento, ma entro i limiti di un rischio non giuridicamente apprezzabile o comunque consentito; II) La concretizzazione del rischio nell'evento effettivamente realizzatosi, essendo necessario escludere la sussistenza dell'imputazione ogni qual volta esso si sia verificato non tanto quale

³⁷⁴ K. SUMMERER, Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente, in *Legislazione Penale*, 2022, spec. p. 5 ss.

³⁷⁵ K. SUMMERER, Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente, in *Legislazione Penale*, 2022, spec. p. 10 e 27.

³⁷⁶ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 208.

³⁷⁷ DONINI riconduce il concetto a quella che egli definisce "imputazione oggettiva in senso stretto" – "*«In senso stretto» significa: un'imputazione che è oggettiva perché opera in modo uguale a prescindere dal carattere doloso o colposo della condotta: ci sono alcuni rischi che comunque non sono ascrivibili, alcuni doveri che sono di competenza di terzi, alcune concause che non possono venire accollate, ecc., senza distinguere tra dolo e colpa. Non si potrà dire, a questo livello, che la soluzione va differenziata in caso di dolo rispetto all'ipotesi colposa. Questo livello è dunque oggettivo in un'accezione sistematica – e precede l'accertamento del dolo o della colpa – , sì che conosce soluzioni unitarie»* M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, op. cit., p. 13.

sviluppo di quel rischio specifico attivato dalla condotta dell'agente, ma bensì, per effetto di un rischio diverso sopravvenuto, proveniente da un fatto naturale oppure da un fatto lecito o illecito altrui.³⁷⁸

Perciò, in riferimento al contesto della sicurezza sul lavoro, la teoria del rischio (*rectius*, dell'imputazione oggettiva) apporta una duplice limitazione nel campo del criterio oggettivo d'imputazione dell'evento: *in primis*, rileva il criterio della competenza – il quale attiene anzitutto alla prima “radice” (creazione di un rischio giuridicamente riprovato, da valutarsi *ex ante* e principalmente su un piano normativo) – che consente l'attribuzione dell'evento all'agente che, alla stregua della ripartizione dei ruoli, può in alcuni casi ritenersi portatore di una piena (ed esclusiva) signoria nel governo del rischio concretamente verificatosi (*cfr. supra*); in secondo luogo, è aperta la possibilità di scorgere situazioni nelle quali il comportamento di un terzo o della stessa vittima abbia attivato un rischio, diverso da quello lavorativo, che si è poi concretizzato nell'evento, ovvero abbia condotto il rischio lavorativo originario ad un livello radicalmente ed incommensurabilmente esorbitante rispetto a quello innescato in origine (cd. interruzione del “nesso di rischio”, attinente alla seconda radice poc'anzi menzionata).³⁷⁹

La “separazione” delle sfere di competenza e delle correlative responsabilità, secondo l'impostazione accolta dalla Cassazione, va operata a monte della verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo, ponendosi quale elemento il cui accertamento segue cadenze comuni sia rispetto ai reati dolosi, sia pure rispetto ai reati colposi, in quanto preesistente ed indipendente dalla natura dolosa o colposa della condotta stessa: esiste ed è individuabile un reticolato normativo di poteri-doveri, assegnati a soggetti specifici, che delinea in capo ad essi rispettive “sfere di signoria” che – laddove esse possano ritenersi “esclusive” – permettono di circoscrivere il limite oggettivo del rischio che ciascuno di tali soggetti è chiamato a gestire. Ciò a maggior ragione in un contesto, quale quello della sicurezza del lavoro che, come si è avuto modo di accennare *supra*, esprime nel complesso l'idea di una organizzata gestione del rischio.³⁸⁰

La meccanica del criterio della competenza, perciò, impone di muovere dall'evento verificatosi per enucleare il fattore di rischio che l'ha generato (non tanto il “come”, ma il

³⁷⁸ R. BLAIOTTA, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 209.

³⁷⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 211.

³⁸⁰ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 213; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, op. cit., p. 27.

“perché” esso si sia verificato, e dunque la regola cautelare la cui violazione abbia determinato l’evento verificatosi, nonché la sua specifica finalità preventiva, ossia la specifica classe di rischi che essa mirava a cautelare), e quindi – in un secondo momento – individuare il soggetto su cui l’ordinamento fa ricadere il compito di gestirlo (ossia, chi dovesse adottare la cautela preventivamente individuata, in quanto gravato per legge di una posizione di garanzia, intesa in senso lato).³⁸¹ Tale operazione – occorre sottolinearlo – non coincide con l’accertamento del nesso di rischio, specie avuto riguardo ai reati colposi:³⁸² il criterio della competenza lega l’evento al soggetto; la concretizzazione del rischio lega l’evento alla condotta negligente. In particolare, può ben accadere sia che vi sia competenza ma manchi la concretizzazione del rischio nell’evento effettivamente verificatosi, sia pure che la competenza manchi ma sussista il nesso di rischio. In altre parole, l’imputazione colposa deve escludersi se la trasgressione della regola cautelare sussiste, ma la classe di rischi che quest’ultima mirava a neutralizzare o a ridurre non rientra nella specifica sfera di competenza gestoria del garante nei cui confronti viene mosso l’addebito, segnata sua volta dalle “norme di competenza” che valgono a segnare i confini del dovere di diligenza da egli astrattamente esigibile.

Per fornire un esempio pratico, si consideri il caso del dipendente che si introduca abusivamente, fuori dall’orario di lavoro, nel cantiere presso il quale è impiegato, precipitando nel vano destinato ad alloggiare l’ascensore di un edificio in costruzione, non debitamente segnalato e ostruito da appositi presidi: la Suprema Corte, implicitamente applicando il criterio della competenza, è qui giunta all’assoluzione del datore di lavoro, nonostante il rischio verificatosi rientrasse nella “classe” di rischi che la regola cautelare violata mirava a neutralizzare: esso non venne considerato (al di là delle specifiche motivazioni fornite in

³⁸¹ A tal proposito, la Cassazione – pronunciandosi in merito al disastro ferroviario di Viareggio – ha escluso la configurabilità della circostanza aggravante del “fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro” per le morti di soggetti estranei all’organizzazione dell’impresa, causate dall’incendio derivato dal deragliamento e successivo ribaltamento di un treno merci, osservando che «è necessario che venga violata una regola cautelare volta a eliminare o ridurre lo specifico rischio derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o lesioni in danno dei lavoratori o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e pertanto assimilabili ai lavoratori, e che l’evento sia concretizzazione di tale rischio “lavorativo”, non essendo all’uopo sufficiente che lo stesso si verifichi in occasione dello svolgimento di un’attività lavorativa» cfr. Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, sent. n. 32899.

³⁸² Il “nesso di rischio” – che secondo l’impostazione accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità viene collocata nell’ambito dell’accertamento della dimensione normativa della causalità, cd. “causalità giuridica” – può essere in una certa misura assimilato a quella che viene tradizionalmente identificata quale “causalità della colpa”: esso sussiste, perciò, laddove: I) l’evento specifico *hic et nunc* rappresenti la concretizzazione della classe di rischi che la regola cautelare violata mirava a prevenire; II) l’evento poteva essere evitato mediante il suo ossequio (cd. comportamento alternativo lecito). Pertanto, laddove tale nesso sia accertato, non è detto che il rischio di cui sopra fosse “affidato” alla gestione di un “garante” (da intendersi, lo si ribadisce, come “gestore di un rischio”), in funzione dello *status* da questo rivestito.

sentenza) un fattore rischio specifico tipicamente riconducibile alla “sfera di competenza” datoriale, in quanto l’evento ad esso imputato risultò la concretizzazione non già di un rischio lavorativo, ma di un più generico “rischio da introduzione abusiva nell’altrui proprietà”.³⁸³ In altre parole, la responsabilità di qualsiasi “garante” della sicurezza è oggettivamente, temporalmente e soggettivamente circoscritta alle situazioni di maggiore vulnerabilità cui sono esposti i prestatori d’opera e le altre persone che possano legittimamente trovare ingresso nel luogo di lavoro.³⁸⁴

Occorre, infine, evidenziare come il criterio della competenza operi indistintamente sia rispetto alle fattispecie colpose commissive che rispetto a quelle commissive mediante omissione *ex art. 40 cpv c.p.* Ciò in quanto, seppur il giudizio controfattuale diretto ad accertare la rilevanza condizionalistica della condotta si atteggi in maniera diversa, prevedendo nel primo caso “l’eliminazione” e nel secondo “l’aggiunta” mentale della condotta rispettivamente tenuta ed omessa – verificando se l’evento *hic et nunc* si sarebbe comunque realizzato – sul piano dell’imputazione obiettiva “in senso stretto”³⁸⁵ (ossia, afferente al classico tema dell’interruzione del nesso causale *ex art. 41 cpv c.p.*) si tratta pur sempre di ricollegare un rischio illecito – nel primo caso, prodotto dalla condotta; nel secondo, già in atto (al momento dell’omissione) e non ridotto dal garante – alla rispettiva “sfera di competenza” (ricostruita da una prospettiva *ex ante*) – dovendoci solo poi chiedere se il rischio suddetto si sia o meno concretizzato nell’evento: ed è solo in questo secondo momento che la distinzione assumerà rilievo, specialmente per quel che concerne le modalità e lo *standard* probatorio richiesto per il suo accertamento (cfr. *infra*).

3.7. *L’oggetto della posizione di garanzia datoriale alla luce della teoria della competenza*

Svolte queste preliminari considerazioni, è possibile ora soffermarsi sulla nozione di “rischio lavorativo” e sulla sua latitudine spazio-temporale. Si è visto come l’obbligo prevenzionistico “originario” sia riconducibile alla sfera di garanzia-competenza del datore di lavoro, scaturente anzitutto dal disposto dell’art. 2087 c.c., che – per così dire – “contiene” in

³⁸³ Il riferimento è a Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 7924, Rv. 221149; nello stesso senso, cfr. Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, Rv. 214246, la quale ha concluso per la non attribuibilità al proprietario dell’annegamento di tre ragazzi in una vasca con rampe viscide situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo.

³⁸⁴ D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2016, p. 519.

³⁸⁵ Ci si riferisce alla definizione che viene fornita in M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit. (cfr. nota 131). La distinzione è ripresa anche in R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, op. cit., p. 176 e s.

sé le posizioni attribuite agli altri “garanti”, originari o derivati che siano. Tale disposizione, come si è già avuto modo di argomentare, ha segnato al contempo: I) l’interesse oggetto della tutela, ovverosia la salute e la sicurezza dell’individuo; II) il contenuto della garanzia, consistente nell’apprestare ogni misura necessaria alla protezione del bene di cui sopra; III) il principale criterio di determinazione e interpretazione della garanzia dovuta, mediante il contestuale raccordo dei tre parametri della particolarità del lavoro, dell’esperienza e della tecnica; IV) il principale parametro per valutare la sussistenza delle aggravanti relative ai reati di omicidio o lesioni colpose commesse in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro.³⁸⁶ Sul punto è opportuno brevemente soffermarsi.

Le già menzionate aggravanti, oggi previste dal comma 2° dell’art. 589 e dal comma 3° dell’art. 590 del Codice penale sono state per la prima volta previste dalla l. 11 maggio 1966, n. 296 e poi modificate, nel senso di un ulteriore incremento sanzionatorio, dalla l. n. 102 del 2006. La l. n. 86 del 26 aprile 1990 ha poi introdotto il regime di procedibilità d’ufficio dei reati di lesioni gravi o gravissime commessi in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all’igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale (art. 590, u.c., c.p.). A partire dal 2007, anno nel quale fu introdotto l’art. 25-*septies* nell’ambito del d.lgs. 231/2001, la contestazione delle aggravanti in esame è divenuta l’unico strumento per coinvolgere nei processi che attengono la sicurezza del lavoro anche gli enti, non essendo mai stati inseriti tra i reati-presupposto né le fattispecie contro la pubblica incolumità di cui (in particolare) agli artt. 437 e 451 c.p., né tantopiù le innumerevoli contravvenzioni previste dal T.U.

Con particolare riferimento al tenore letterale delle stesse (“se i fatti [...] sono commessi in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”) sembrava in origine che la loro applicazione dovesse ritenersi circoscritta ai soli fatti commessi in violazione della disciplina antinfortunistica, che all’epoca dell’entrata in vigore della già menzionata l. 296 del 1966 doveva considerarsi sua volta riferita principalmente alle disposizioni recate dal d.p.r. 547/1955 – recante “norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”; una titolazione che stava a rappresentare anche la volontà di mantenere distinta tale disciplina da quella approntata con il d.p.r. 303/1956 – recante “norme generali per l’igiene del lavoro”.

³⁸⁶ D. PULITANO’, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Digesto delle disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1993, p. 108.

L'interpretazione affermata in seno alla giurisprudenza immediatamente successiva fugò fin da subito ogni dubbio, statuendo che «*in tema di reato colposo, per norme sulla disciplina per la prevenzione di infortuni sul lavoro vanno intese non soltanto quelle contenute nelle leggi specificamente dirette ad essa, ma anche tutte le altre che, direttamente o indirettamente, perseguono il fine di evitare incidenti sul lavoro o malattie professionali e che, in genere, tendono a garantire la sicurezza del lavoro in relazione all'ambiente in cui esso deve svolgersi*».³⁸⁷ Quindi, il principio è stato poi utilizzato essenzialmente al fine di estenderne ulteriormente il raggio applicativo, anche ai casi in cui il fatto occorso si fosse verificato in violazione di una cd. “misura innominata”, ossia di una cautela non prevista espressamente dalla legge ma desunta dalla clausola generale *ex* 2087 c.c., che talora è stata (erroneamente) considerata norma cautelare *ex se*.

A tal riguardo, si è scritto infatti che «*l'aggravante di cui all'art. 589 c.p. sussiste non solo quando sia contestata la violazione di specifiche norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, ma anche quando la contestazione abbia ad oggetto la omissione della adozione di misure ed accorgimenti per la più efficace tutela dell'integrità fisica dei lavoratori, in violazione dell'art. 2087 c.c.*».³⁸⁸ L'orientamento invalso presso la giurisprudenza di legittimità, ha quindi da sempre valorizzato la direzione teleologica delle regole cautelari, nominate o innominate che fossero, rispetto alla finalità di massima protezione della salute e sicurezza del lavoratore.

Tuttavia, a fronte dell'evoluzione normativa che ha interessato la materia, il vigente d.lgs. 81/2008 ora individua dei parametri più specifici, idonei a perimetrare più di preciso l'ambito applicativo delle suddette aggravanti.³⁸⁹ Invero, il “sistema” delineato oggi dal TUSL valorizza il binomio organizzazione-rischio quale sua architrave: la valutazione e gestione del rischio e l'organizzazione della sicurezza rappresentano le colonne portanti dell'apparato di prevenzione che il datore di lavoro e gli altri garanti della sicurezza sono chiamati a progettare e costruire, tenuto conto dei rischi specifici relativi a ciascun contesto produttivo. Pertanto, sono

³⁸⁷ Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 1978, sent. n. 5327; nello stesso senso *cf.* Cass. pen., Sez. IV, 14 dicembre 1981, sent. n. 4477

³⁸⁸ *Ex multis*, *cf.* Cass. pen., Sez. VI, 8 febbraio 1979, sent. n. 3431; Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 1982, sent. n. 5063; Cass. pen. .

³⁸⁹ *Cfr.* F. GIUNTA, *Le aggravanti del “luogo di lavoro”*, in *Discrimen*, 2021, p. 3, secondo cui «Il baricentro del sistema preventivo, come noto, si è spostato dall'art. 2087 c.c., norma notoriamente priva di un peculiare contenuto cautelare, al sistema delineato dal d. lgs. 81/2008, che si incardina sulla dialettica tra *risk assessment* e *risk management*».

questi due momenti a rappresentare il “nucleo duro” della posizione di garanzia datoriale: il dovere di tutela dei lavoratori si traduce nell’obbligo di prevenire eventi pregiudizievoli a loro danno, mediante l’esercizio dei poteri di controllo delle fonti di pericolo presenti nei luoghi di lavoro. Essi si esplicano, loro volta, nel momento organizzativo, e cioè nel potere di dirigere e organizzare l’attività dei diversi soggetti operanti nell’impresa.³⁹⁰

A tal proposito, vengono in rilievo tre definizioni esiziali: quella di lavoratore (art. 2 c. 1° lett. a), di cui si è già ampiamente discusso (cfr. supra), e rispetto alla quale in questa sede basta ricordare come essa s’impenna sull’inserimento funzionale della sua attività nell’organizzazione datoriale (“persona che [...] svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore”); quella di luogo di lavoro, enunciata all’art. 62 T.U., a mente della quale «[...] si intendono per luoghi di lavoro [...] i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all’interno dell’azienda o dell’unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell’azienda o dell’unità produttiva accessibile al lavoratore nell’ambito del proprio lavoro»; quella di datore di lavoro, in ragione della quale egli è individuato quale responsabile dell’organizzazione dell’impresa o di una sua unità produttiva, in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa (art. 2, c. 1° lett. b del T.U.).

La nozione di ambiente lavorativo dev’essere essere tuttavia intesa in senso funzionale, ovvero posta in rapporto all’organizzazione datoriale, quest’ultima individuabile in ragione dell’estensione dei poteri-doveri giuridici da quest’ultimo esercitati: il concetto tende quindi a smaterializzarsi, a perdere la sua originaria fisicità, a uscire dai confini dell’azienda proiettandosi all’esterno, ma continuando a identificarsi con il plesso organizzativo al quale lo spazio accede. Il requisito essenziale affinché un sito possa considerarsi “luogo di lavoro” è pertanto la “disponibilità giuridica” dello stesso da parte del datore di lavoro, garantita dalla sussistenza in suo capo di autonomi poteri giuridici di disposizione e intervento sugli ambienti, di modo che egli possa autonomamente intervenire per apprestare le necessarie cautele senza indebitamente ingerire nella sfera giuridica altrui. A tale conclusione si può pervenire valorizzando il disposto dell’art. 26 del T.U., a mente del quale l’obbligo del datore di lavoro-committente – in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all’impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all’interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva, nonché nell’ambito dell’intero ciclo produttivo dell’azienda medesima – di cooperazione con

³⁹⁰ A. SAVARINO, *Posizione di garanzia datoriale e gestione del rischio lavorativo tra ambiente interno ed esterno all’impresa: profili penali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2, 2024, p. 223.

l'appaltante ai fini della gestione coordinata dei cd. "rischi interferenziali", è circoscritto dalla condizione che egli «abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

A conferma di quanto affermato, una consolidata giurisprudenza ha cominciato già da tempo, in effetti, a intendere in senso estensivo il riferimento alla sicurezza del lavoro, ampliando lo spettro di tutela a vantaggio di tutti coloro che, pur non inseriti nella organizzazione dell'imprenditore, si trovino tuttavia a frequentare i luoghi in cui si svolge l'attività lavorativa, e dunque, ad essere esposti ai rischi che da quella attività promanano: la qualifica di lavoratore cessa di essere il requisito che segna la linea di demarcazione dell'ambito di azione della normativa prevenzionistica; venendo talvolta meno anche la necessità di ravvisare una qualsiasi relazione tra l'estraneo e l'organizzazione di impresa, ritenendosi sufficiente l'avvenuta violazione della normativa prevenzionistica esigibile da parte del datore di lavoro e la consequenzialità causale rispetto all'infortunio che ne sia derivato.³⁹¹

Un'impostazione, quest'ultima, che sembra riecheggiare l'antico *leitmotiv* della sicurezza (oggettiva) degli ambienti e delle macchine, a tutela di chiunque possa essere coinvolto dalle situazioni di rischio inerenti all'attività lavorativa e alle condizioni in cui questa si svolge: la verifica di un infortunio, a carico di chiunque – anche quindi di un terzo – che sia "causalmente" ricollegabile ad una violazione delle cautele prevenzionistiche sarà – secondo questa linea interpretativa – riconducibile al soggetto "garante", indipendentemente dal titolo in base al quale la vittima fosse entrata in contatto con l'ambiente di lavoro. Di qui, parallelamente alle successive novelle normative che – a partire dagli anni '90 – hanno progressivamente valorizzato il dato funzionale costituito dall'organizzazione in concreto e dall'esercizio dei poteri tipici ai fini dell'individuazione dei creditori e dei debitori di sicurezza del "sistema", si è registrata una progressiva estensione dell'area applicativa delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose aggravate dalla violazione di norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (artt. 589, co. 2, e 590, co. 3 c.p.), nonché del regime della procedibilità d'ufficio delle lesioni gravi e gravissime di cui all'art. 590, ultimo comma, c.p., sino ad affermarsi che, ai fini della loro configurabilità, è necessario e sufficiente l'accertamento di un

³⁹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2005, sent. n. 2383: «ove un infortunio si verifichi per inosservanza degli obblighi di sicurezza normativamente imposti, tale inosservanza, purché sia ravvisabile il nesso causale, non potrà non far carico, a titolo di colpa specifica, su chi detti obblighi avrebbe dovuto rispettare, poco importando che ad infortunarsi sia stato un lavoratore subordinato o un soggetto a questi equiparato, ovvero, addirittura, una persona estranea all'ambito imprenditoriale»; nello stesso senso cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, sent. n. 38991; Cass. Sez. IV, 27 febbraio 2009, sent. n. 9055.

nesso causale tra la violazione della disciplina prevenzionistica e l'evento dannoso verificatosi.³⁹²

Secondo un orientamento parzialmente differente, si è poi puntualizzato che a tal proposito occorre valorizzare l'elemento costituito dal “nesso di rischio”, e quindi di distinguere a seconda che le misure preventive, la cui violazione abbia rilevato nell'eziologia dell'evento dannoso o pericoloso, possiedano carattere oggettivo ovvero soggettivo: nel primo caso, la loro predisposizione è finalizzata anche a tutelare la sicurezza dei terzi, senza quindi che possa attribuirsi rilievo alla qualità – di fatto o di diritto – rivestita dal soggetto offeso; per converso, nel secondo, la cautela si indirizza ad una specifica tipologia di soggetti, di talché – in quest'ultima ipotesi – la sfera di competenza datoriale è definita su base eminentemente soggettiva.³⁹³

In ogni caso, nonostante alcune suggestioni suscitate da alcune disposizioni normative – segnatamente: la già menzionata definizione di “prevenzione” di cui art. 2, 1° comma, lett. n; nonché il correlato obbligo di cui all'art. 18, 1° comma, lett. q (che impone di “prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno”) – è da escludersi che possa ravvisarsi un dovere giuridico valevole ad estendere la garanzia-competenza datoriale per i fatti di omicidio o lesioni personali che si verificano nell'ambiente esterno, a carico di soggetti estranei rispetto all'organizzazione di cui egli è responsabile, e che addirittura non abbiano alcuna connessione, se non spaziale e occasionale, rispetto alla stessa.³⁹⁴

³⁹² S. TORDINI CAGLI, *Il disastro ferroviario di Viareggio*, in *Discrimen*, 2022, p. 9 e s. Fu questa l'impostazione che venne assunta dai giudici d'appello in relazione al caso del disastro ferroviario di Viareggio, nella misura in cui secondo questi «il “presupposto” dell'aggravante in parola “è che l'evento si verifichi in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa, cioè di un'attività regolata da tale normativa proprio nell'ottica della prevenzione degli infortuni”». Si tratta di un'opzione ermeneutica che sembra ricalcare quella civilistica relativa al requisito dell'occasione lavoro ex art. 2, 1° e 3° comma del d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, che estende la tutela anche al cd. infortunio in itinere. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, «l'estrema latitudine di questa impostazione, [...] non può valere per il diritto penale, che non condivide la logica indennizzante della responsabilità civile. Il reato colposo – è bene ricordarlo – ruota intorno all'evitabilità oggettiva e soggettiva dell'evento, che delimita l'area dell'intervento punitivo. Si tratta, dunque, di adottare una prospettiva opposta a quella civilistica». (cfr. F. GIUNTA, *Le aggravanti del “luogo di valore”: a proposito di un'espressione fuorviante*, in *Discrimen*, 2021, p. 2)

³⁹³ Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2015, sent. n. 40721

³⁹⁴ La suggestione era stata difatti impiegata dalla Corte d'Appello di Firenze, nel caso del disastro di Viareggio, per giustificare l'applicazione delle circostanze aggravanti, dacché secondo la stessa doveva ravvisarsi il dovere di governare «ogni rischio derivante dallo svolgimento dell'attività lavorativa, anche relativo a terzi o comunque tale da mettere in pericolo la “salute della popolazione” e “l'ambiente esterno”». Diversa sul punto la posizione della Corte di Cassazione (Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, sent. n. 32899), a mente della quale tali disposizioni impongono al garante primario di «adottare misure in grado di evitare che quelle messe in campo per lo

3.7.1. La ricostruzione del “rischio lavorativo” nella paradigmatica sentenza relativa al disastro ferroviario di Viareggio

In ultima istanza, il tema relativo alla definizione della nozione di “rischio lavorativo” si è posto in una recente e paradigmatica sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, resa in relazione al drammatico incidente ferroviario di Viareggio.

In estrema sintesi, nella sera del 29 giugno 2009 – nelle adiacenze della stazione ferroviaria di Viareggio – l’assile del primo carro di un treno merci trasportante GPL, a causa dello stato di corrosione in cui versava, cedette – comportando il deragliamento del convoglio. Il ribaltamento di altri quattro dei quattordici carri-cisterna di cui quest’ultimo si componeva, ed il conseguente urto con un elemento d’acciaio, determinò la perforazione di uno di essi che scatenò un vastissimo incendio che si propagò nella stazione e in tutta l’area circostante. Ne conseguì la morte di trentadue persone, plurime lesioni personali, nonché la distruzione di abitazioni e veicoli adiacenti alla stazione. Le morti riguardarono persone colpite dal crollo degli edifici adiacenti o investite dalle fiamme, nonché quelle successivamente decedute a causa delle gravissime ustioni riportate: in altre parole, soggetti che né rivestivano la qualifica di lavoratori, né si trovavano in qualche guisa inserite nel contesto lavorativo. I due macchinisti del treno, per converso, riuscirono miracolosamente a salvarsi, riparandosi dietro ad un muro dopo aver frenato il convoglio.

Nella vicenda risultarono a vario titolo coinvolti più di trenta imputati persone-fisiche e ben sette società di capitali (ex art. 25-septies d.lgs. 231/2001), sia italiane che straniere: il trasporto e l’infrastruttura ferroviaria facevano capo a società riconducibili al gruppo Ferrovie (Ferrovie dello stato S.p.a.; Trenitalia S.p.a.; Rete ferroviaria italiana S.p.a.); la proprietà dei carri era detenuta da una società austriaca (GatX Rail Austria), sua volta inserita nell’ambito di un gruppo statunitense (GatX). Quest’ultima aveva quindi noleggiato il carro alla FS Logistica s.p.a. che lo sottopose ad operazioni di manutenzione presso un’officina facente capo ad una società diversa ancora (Cima Riparazioni S.p.a.), che aveva quindi montato sul carro l’assile difettoso, sostituendolo al precedente, in occasione dell’ultima revisione effettuata nel 2009. Lo stesso assile era stato prima ancora sottoposto, nel 2008, a revisione presso un’officina di Hannover, di proprietà di una (settima) società tedesca (Jugenthal Waggon GmbH).

svolgimento in sicurezza delle attività lavorative possano determinare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l’ambiente esterno». Difatti, prosegue la Corte, «l’intento del legislatore è quindi quello di evitare che in funzione della sicurezza delle attività lavorative e dei relativi addetti si creino rischi per la popolazione e l’ambiente esterno ai luoghi di lavoro».

Di particolare rilievo sono le imputazioni mosse ai soggetti appartenenti al gruppo Ferrovie. Ad essi veniva contestata la mancata valutazione del rischio di fuoriuscita incontrollata e di spargimento di merci infiammabili a seguito di svio, da cui era discesa la mancata predisposizione di misure preventive, quali l'introduzione di previsioni che stabilissero una riduzione della velocità durante il transito in stazioni come quella di Viareggio, la predisposizione di un detettore di svio o la costruzione di barriere di separazione tra la sede ferroviaria e l'area abitata circostante.

Ciò che tuttavia assume un preminente interesse è che nei primi due gradi di giudizio, tanto il Tribunale di Lucca come pure la Corte d'appello di Firenze hanno ritenuto la sussistenza delle aggravanti di cui agli artt. 589, 2° c. e 590 c. 3° in relazione ai reati di omicidio e lesioni gravi e gravissime (queste ultime poi in appello dichiarate prescritte), con conseguente contestazione a cinque delle società coinvolte dell'illecito ex art. 25-septies d.lgs. 231/2001. Ciò, nonostante si fosse trattato di eventi lesivi verificatisi: I) in un contesto locale estraneo a quello lavorativo (gli edifici adiacenti alla stazione); II) in danno di soggetti non aventi la qualifica di lavoratori, neppure in via di assimilazione; III) a seguito della violazione di norme cautelari la cui (esclusiva) finalizzazione alla prevenzione degli infortuni sul lavoro era dubbia.

Su tale ultimo aspetto pare utile soffermarsi. Secondo i Giudici di merito occorre valorizzare la circostanza per la quale l'evento – il deragliamento – si fosse verificato in occasione dello svolgimento dell'attività di trasporto ferroviario, e che lo stesso rappresentasse un rischio tipico che l'imprenditore ferroviario è deputato a governare, per tutelare non solo i propri dipendenti ma anche tutti coloro che possano esservi a vario titolo esposti. Più nello specifico, non venne ritenuto possibile operare una distinzione fra "rischio da circolazione ferroviaria" e "rischio lavorativo": la circolazione ferroviaria rappresentava l'attività lavorativa svolta dai dipendenti delle imprese ferroviarie; i due macchinisti e il personale operante nella stazione hanno corso un gravissimo rischio di morte o lesioni; *ergo*, gli eventi devono essere collocati nel contesto del "rischio lavorativo". Ciò a maggior ragione in relazione al fatto che il gestore della rete aveva istituito un Sistema integrato di gestione della sicurezza, che ricomprendeva la gestione della sicurezza sul lavoro, della sicurezza ferroviaria e dei rischi di natura ambientale.

Tuttavia, agli occhi della Corte, tale impostazione non poteva essere condivisa. Occorre premettere che la sicurezza relativa alla circolazione ferroviaria è disciplinata da un distinto *corpus* normativo, diverso dal TUSL, anch'esso di derivazione comunitaria. Pertanto, due sono

i principali riferimenti legislativi necessari ai fini della ricostruzione dei diversi poteri-doveri giuridici riconnessi ai diversi soggetti, ovvero, delle rispettive sfere di garanzia-competenza.

Si è affermato infatti che, nell'ambito dei reati colposi omissivi impropri – ma anche commissivi d'evento, nella misura in cui la pronuncia in esame riprende in motivazione la nozione “ampia” di posizione di garanzia, così come proposta dalla precedente giurisprudenza di legittimità, di “garante quale gestore di un rischio” – occorre tener distinto «*“dovere di diligenza”, inteso quale situazione giuridica soggettiva di dovere e più precisamente quale “dovere di adottare le cautele opportune per evitare il verificarsi di eventi dannosi”, e “diligenza doverosa”, intesa come contenuto della predetta situazione giuridica soggettiva. Il primo è posto da norme (di dovere), le quali vietano di agire in modo imprudente oppure impongono di agire in modo diligente; nella forma concettuale, tali norme non specificano le concrete modalità comportamentali che valgono a soddisfare la prescrizione di astenersi da un agire imprudente o di agire in modo diligente. Tale specificazione viene dalle regole cautelari, che identificano per l'appunto la diligenza doverosa. Da una diversa prospettiva si è affermato che fanno parte dello status del cittadino (o di speciali status riconosciuti dall'ordinamento) “doveri giuridici logicamente preesistenti rispetto alla tipicità” i quali definiscono la sfera di competenza alla quale va ricondotto il giudizio sul comportamento colposo; la regola cautelare concretizza, nella situazione data, quei doveri, definendo il livello di diligenza atteso. [...] Mentre il dovere di diligenza deve fondarsi su norme giuridiche di necessaria fonte legale, che come tali sottostanno ai principi costituzionali in materia penale (e ciò le rende sensibili al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo), le regole cautelari non sono necessariamente giuridiche e, trovando origine la loro validità ed efficacia nell'effettiva attitudine preventiva, non risentono delle vicende concernenti l'eventuale forma della loro positivizzazione. Vale, al loro riguardo, il principio “veritas, non auctoritas facit legem”».*

Svolta tale fondamentale premessa, la Corte quindi affronta la questione relativa alla nozione di “norme per la prevenzione degli infortuni”, quale viene in considerazione ai fini dell'integrazione delle circostanze aggravanti rispettivamente previste dagli artt. 589, c. 2° e 590, c. 3° del c.p. statuendo che «*la locuzione “fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro” situa l'aggravante prevista dalle menzionate disposizioni codicistiche nel contesto concettuale della cd. “concretizzazione del rischio”. Come è noto, secondo i dettami dell'imputazione oggettiva dell'evento, ormai consolidato riferimento della giurisprudenza di legittimità, nei reati colposi di evento alla causalità materiale deve aggiungersi la causalità della colpa, che viene accertata verificando che*

l'evento verificatosi corrisponda alla classe di eventi il cui accadere la regola cautelare violata intende evitare (cd. concretizzazione del rischio) e che il comportamento doveroso mancato avrebbe effettivamente evitato l'evento realizzatosi qualora adottato (efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito). Se la condotta colposa coincide con la trasgressione della regola cautelare, allora il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni se nell'evento si è concretizzato il rischio da queste governato; non è sufficiente il solo rapporto di causalità materiale».

In altre parole, secondo tale impostazione, non basta che l'evento si sia prodotto “a causa” dello svolgimento dell'attività lavorativa, ma è pure necessario che questo risulti la concretizzazione del rischio specifico che il datore di lavoro è tenuto a cautelare. Le “norme di competenza” possono rinvenirsi nell'ambito della legge extra-penale che disciplina le rispettive posizioni di garanzia, segnando la finalità, il bene oggetto di tutela, i soggetti titolari dell'obbligo nonché – direttamente o indirettamente – i soggetti titolari dei beni meritevoli di protezione; le regole cautelari – per converso – ne specificano il contenuto, concretizzandolo. Ne consegue che, grazie all'accertamento del nesso di rischio, è possibile “risalire a ritroso” dalla regola cautelare alla norma di competenza che ne imponeva l'ossequio: anzitutto, si deve individuare la specifica classe di eventi che la regola mira a cautelare, ossia il “fine di tutela della norma”, eventualmente tenendo in considerazione anche il contesto nel quale si è formato il patrimonio conoscitivo compendiato nella morfologia del precetto; in secondo luogo, occorre ridescrivere l'evento concretamente verificatosi, di modo da poterlo confrontare con la “classe di eventi” di cui sopra. La ri-descrizione si rende necessaria in quanto, poiché si tratta di verificare se l'evento hic et nunc appartenga o meno ad una classe di eventi, «*quella ricchezza di connotazioni che ne determinano l'unicità perde di rilievo, dovendo essere ricercata soltanto la presenza dei profili che qualificano la classe che interessa*». Segnatamente, nell'impianto argomentativo svolto dalla Corte, le regole cautelari la cui violazione possa integrare le aggravanti in parola non debbono essere volte a eliminare o ridurre un generico rischio di morte o lesioni, ma bensì «*specificamente eventi in danno di lavoratori o di soggetti a questi assimilabili scaturenti dallo svolgimento dell'attività lavorativa*».

Ne consegue che, «*ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 589, co. 2 (e all'art. 590, co. 3) cod. pen., la locuzione “se il fatto è commesso ... con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro” va interpretata come riferita ad eventi nei quali risulta concretizzato il rischio lavorativo, per essere quelli causati dalla violazione di doveri cautelari correlati a tale tipo di rischio. Per rischio lavorativo deve*

intendersi quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e che ha ordinariamente ad oggetto la sicurezza e la salute dei lavoratori ma può concernere anche la sicurezza e la salute di terzi, ove questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di esposizione del lavoratore”».

Occorre tuttavia svolgere una precisazione: come si è argomentato *supra*, non basta accertare la competenza datoriale in ordine alla cautela la cui violazione abbia rilevato nell’eziologia dell’evento, occorrendo inoltre verificare che il “nesso di rischio” non sia stato “interrotto” dal sopravvenire di rischi “eccentrici” attivati da condotte umane o da fattori causali naturalistici sopravvenuti. Lo sottolineano i Giudici di legittimità, nella misura in cui evidenziano che: «[...] *pur in presenza di condizioni che normalmente si associano al rischio lavorativo può accadere che quello concretizzatosi nell’evento sia altro tipo di rischio. [...] La formula legale impone di domandarsi quale sia il rischio concretizzatosi nell’evento e tanto significa verificare quale sia il rischio fronteggiato dalla regola cautelare la cui violazione ha spiegato efficienza causale*»». Sul punto pare utile svolgere quale ulteriore considerazione.

3.8. L'interruzione del nesso causale per effetto di un rischio sopravvenuto nuovo o abnorme

Come si è anticipato, la teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento reinterpreta l’interruzione del nesso causale *ex art. 41 cpv c.p.* alla luce del nesso di rischio: ogni concausa, si sostiene, prima di essere tale, costituiva un fattore di rischio:³⁹⁵ una “causa in potenza”. Perciò, ciascun anello causale rilevante sul piano della *condicio* viene ricondotto ad uno specifico fattore di rischio “tipico” – in quanto tale, riconducibile alla sfera di competenza di uno o più “garanti”. Orbene, fattori (*rectius*: rischi) sopravvenuti *ex art. 41 cpv c.p.* dovranno – di volta in volta – ricondursi alle rispettive sfere di responsabilità gestionale: l’idea di “interruzione” è quindi sostituita con quella di “separazione”. Ne consegue che un fattore sopravvenuto è “interruttivo” – non perché “eccezionale”, secondo l’insegnamento della teoria della causalità umana di antoliseiana memoria – ma bensì in quanto eccentrico o abnorme rispetto al rischio che il garante è chiamato a governare: secondo tale impostazione, l’interruzione *ex art. 41 cpv c.p.* sarà da ravvisare ogni qual volta taluna concausa sopravvenuta (condotta della vittima, di terzi, forze naturali) inneschi un rischio nuovo (rischio cd. “eccentrico”), o comunque, radicalmente esorbitante (rischio cd. “abnorme”) rispetto a quelli che gravitano nell’orbita della competenza del garante (determinata, lo si ribadisce, da una prospettiva *ex ante*), riducendo perciò la rilevanza causale *condizionalistica* della sua condotta,

³⁹⁵ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 69.

e quindi del rispettivo rischio illecito da essa attivato, al significato di mera occasione ovvero “assorbendone” il ruolo eziologico, laddove i fattori sopravvenuti lo “accrescano” determinando un “risultato” (*rectius*: un evento) manifestamente sproporzionato all’idoneità lesiva della condotta vietata.³⁹⁶

Per converso, stante l’attuale formulazione dell’art. 41 c.p., non può ricondursi la medesima efficacia “interruttiva” alle cause preesistenti e concomitanti alla condotta (e prima ancora i relativi fattori di rischio) dell’agente, salvo che ineriscano a rischi leciti *ab origine*.³⁹⁷ Ciò in quanto essi: sono oggettivamente esistenti al tempo della condotta e quindi potenzialmente conoscibili; la prova della loro conoscibilità/conoscenza è questione di elemento soggettivo (basterebbe, affinché questi possano considerarsi “oggettivamente” conoscibili, che essi lo siano anche da parte di un solo soggetto); riguardano o la situazione pericolosa – e quindi, a livello causale, un rischio realizzatosi non viene meno come causa solo perché difficilmente conoscibile *ex ante* – oppure riguardano la vittima, la sua costituzione fisica o le sue capacità di difesa: l’ordinamento non la può privare di tutela esclusivamente perché essa presenta, magari, carenze molto rare e imprevedibili di salute o di protezione.³⁹⁸

In applicazione di questa teoria, la condotta colposa del lavoratore può escludere la responsabilità dello stesso in ordine all’evento pericoloso o dannoso che ne sia derivato, laddove alternativamente essa sia: I) “abnorme”, ossia – a fronte dell’adempimento del datore di lavoro (e di tutti gli altri “garanti”) di tutti gli obblighi che gli sono imposti (doveri in tema di prevenzione tecnica ed organizzativa; doveri di prevenzione informativa e formativa; doveri di vigilanza e controllo) – assolutamente imprevedibile o non umanamente impedibile;³⁹⁹ II)

³⁹⁶ Cfr. *amplius* M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 80 s. – l’autore propone inoltre una nuova formulazione dell’art. 41 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per l’intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendano da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi, della persona offesa, o da rischi ubiquitari. È assorbente l’intervento delle concause di cui al comma precedente, quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all’idoneità lesiva della condotta vietata. L’imputazione dell’evento non è esclusa quando le concause sopravvenute costituiscono l’approfondimento dello specifico rischio illecito della condotta vietata». C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali X*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 249; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell’evento. L’abbrivio dell’imputazione colposa*, op. cit., p. 523.

³⁹⁷ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 83 s.

³⁹⁸ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 78 – 83.

³⁹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 2018, sent. n. 31615, ove la responsabilità per omicidio colposo nei confronti del dirigente responsabile di un’unità produttiva è stata esclusa in quanto la vittima – addetta alla manutenzione di una pressa quale dipendente di una ditta appaltatrice del servizio, aveva agito per sbloccare un apparato sia disponendo l’immissione di aria in una conduttura, sia agendo personalmente con un palanchino su una ghiera che cedeva colpendolo con esito letale. Si appurava che tale procedura era gravemente incongrua, ossia del tutto

sia “eccentrica”, ossia esorbitante rispetto al procedimento di lavoro cui egli è addetto, incompatibile con il sistema di lavorazione, estranea al processo produttivo e alle mansioni attribuite, o del tutto anomala e quindi esulante dalla sfera di garanzia-competenza datoriale, anche se da quest’ultimo astrattamente prevedibile (si tratta del cd. rischio “elettivo”, ossia quello a cui il lavoratore si sia esposto in assenza di una qualsivoglia necessità inerente all’attività lavorativa da egli disimpegnata).⁴⁰⁰

3.9. Conclusioni

Si è visto come, a fronte della scarsa selettività della causalità meramente condizionalistica, la Suprema Corte di cassazione abbia attinto alla “teoria del rischio” per assicurare in concreto l’ossequio del principio di responsabilità per fatto proprio ancor prima che colpevole. La categoria concettuale della “posizione di garanzia” è stata reinterpretata in un senso che potremo ritenere “trasversale” – venendo in rilievo sia rispetto ai reati colposi omissivi impropri, sia pure commissivi d’evento – in quanto essa vale ora ad individuare un soggetto chiamato dall’ordinamento a gestire una “porzione” di un rischio tipico, il “rischio lavorativo”. Le due “radici” dell’imputazione oggettiva, competenza e nesso di rischio, permettono di individuare la latitudine del rischio lavorativo, unitariamente considerato, nonché i soggetti responsabili a gestirlo – consentendo inoltre di ravvisare l’interruzione del nesso causale nei casi in cui sia “sopravvenuto” un rischio abnorme o eccentrico rispetto a quello, pur eventualmente illecito e tipico, attivato dalla condotta originaria di un “garante”.

Tuttavia, occorre evidenziare anche i limiti che affliggono l’impostazione suggerita dalla Corte di legittimità. In primo luogo, si tratta di un’impostazione che è pur sempre frutto di un’elaborazione giurisprudenziale. Si è ampiamente argomentato come il chilling effect derivi dalla “paura del processo”, prima ancora che di una condanna ingiusta: appare – agli occhi dello scrivente – piuttosto implausibile che quest’impostazione venga pedissequamente

esorbitante dalle procedure operative alle quali il lavoratore era addetto ed incompatibile con il sistema di lavorazione.

⁴⁰⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2015, sent. n. 22378, ove la responsabilità di diversi garanti in ordine al reato di lesioni gravi in danno di un lavoratore caduto da un ponteggio è stata esclusa, seppur nei giudizi di merito fosse emerso che l’impalcatura presentasse alcune irregolarità prive di concreta incidenza sugli accadimenti. Segnatamente, venne attribuito rilievo alla circostanza per la quale quella medesima impalcatura era stata oggetto di una manomissione completamente estranea a qualsiasi *standard* di ragionevolezza ad opera di persone diverse dai ricorrenti: i piani di camminamento erano infatti sorretti da sottile fil di ferro che non era assolutamente in grado di reggere il peso di una persona. In tale manomissione scriteriata la Corte di legittimità ha colto l’introduzione di un rischio nuovo, o comunque altamente esorbitante rispetto all’ordinario rischio di caduta innestato dalle carenze originarie: di tale diverso rischio, drammaticamente concretizzatosi, gli imputati non possono essere chiamati a rispondere.

osservata anche dai Pubblici Ministeri, già durante lo svolgimento delle indagini preliminari, ovvero possa davvero penetrare presso la giurisprudenza di merito – specialmente nel primo grado di giudizio. Ciò in quanto pubblico ministero e i giudici dei primi gradi di giudizio: da un lato, sono spesso più esposti alla pressione mediatica e all’influsso emotivo che la maggiore vicinanza spazio-temporale ai fatti sovente comporta; dall’altro, essi pur sempre dispongono di un’ampia discrezionalità, garantita dalla flessibilità delle definizioni, dell’ampiezza dei doveri e alla vaghezza delle “clausole generali” poste a “chiusura” del sistema.

In secondo luogo, l’appiglio “normativo” costituito dall’art. 41 *cpv* c.p. è esso stesso controverso: la norma – a detta di numerosi illustri Autori – è “scritta male”⁴⁰¹ e si presta ad interpretazioni differenti. Vi è infatti chi, aderendo alla *ratio* originaria della previsione, vi rinviene una mera “ripetizione” in negativo del principio affermato al c. 1° del medesimo articolo,⁴⁰² ovvero chi continua a ritenerla espressione della teoria della cd. causalità umana – ravvisando l’interruzione ogni qual volta “sopravvenga” un rischio del tutto “eccezionale” o “imprevedibile”.

Inoltre, anche qualora l’impostazione concettuale dell’imputazione oggettiva venga osservata fin dal principio del procedimento, come è stato osservato dalle stesse S.U. Thyssenkrupp, *«occorre guardarsi dall'idea ingenua, e foriera di fraintendimenti, che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere sempre definita e separata con una rigida linea di confine; e che questa stessa linea crei la sfera di competenza e responsabilità di alcuno escludendo automaticamente quella di altri. In realtà le cose sono spesso assai più complesse. Basti considerare la transitività delle condizioni che si susseguono all'interno di una catena causale; l'intreccio di obblighi che spesso coinvolgono diverse figure e diversi soggetti nella gestione di un rischio; la complessa figura della cooperazione colposa. Questa serie di differenti connessioni, con il suo carico di complessità, rende chiaro quanto delicata sia l'individuazione di aree di competenza pienamente autonome che giustifichino la compartimentazione della responsabilità penale; tanto più in un contesto come quello del diritto penale del lavoro imperniato sulla figura del datore di lavoro che è gravato da una pervasiva posizione di garanzia»*.

⁴⁰¹ M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, op. cit., p. 85.

⁴⁰² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, op. cit., p. 269 e s.

Per di più, la stessa netta separazione fra “rischio lavorativo” e altri rischi tipici (rischio da circolazione ferroviaria, rischio ambientale etc.) sembra entrare sempre più in crisi, specie a fronte della “smaterializzazione” dell’organizzazione datoriale, alimentata dall’evoluzione delle tecniche di produzione. La stessa individuazione della specifica classe di rischi rientrante nel fuoco esclusivo del finalismo cautelare delle “regole di diligenza”, nonché la stessa possibilità di separarle nettamente dalle diverse “norme di competenza” – fondative della categoria concettuale della posizione di garanzia, ma da sole troppo vaghe per fondare un rimprovero colposo, e più nello specifico, non idonee a fungere da “parametro di riferimento” per l’accertamento del “nesso di rischio” – pare di per sé un’impresa estremamente complicata, il cui esito non può certo dirsi prevedibile: è la stessa Corte di cassazione a riconoscerlo: *«l’operazione può risultare particolarmente complessa perché [...] le norme “stabiliscono, in maniera strettamente intrecciata, sia posizioni di obbligo, sia contenuti comportamentali”; e a rendere ancor più problematica l’opera è la collocazione di essi nell’ambito di una procedimentalizzazione dei doveri, con una distribuzione tra diversi centri di competenza. [...] La relazione di prossimità tra misura ed evento che s’intende prevenire, tipica della regola cautelare [...] si smarrisce»* e, pertanto, *«in un panorama tanto incerto da non consentire ricostruzioni sufficientemente condivise, la stessa attività di valutazione dei rischi, ad esempio, viene da alcuni estromessa dal novero di regole cautelari, da altri si vede riconosciuta tale dignità.»*⁴⁰³

Per converso, la traduzione delle “posizioni di garanzia” in termini precipuamente organizzativi, e la correlata “procedimentalizzazione” dei correlati poteri impeditivi, fa sì che la già scarsa efficacia selettiva e tipizzante del condizionalismo puro risulti ancor più indebolita. Si è detto infatti come le condotte causalmente rilevanti nell’ambito oggetto del nostro studio debbano essere, nella maggioranza dei casi, qualificate in termini commissivi:⁴⁰⁴ le riscontrate difficoltà, insite nell’accertamento della causalità nei reati omissivi impropri, passano in secondo piano; il rilievo “salvifico” del comportamento alternativo lecito trasla dal piano della

⁴⁰³ Cfr. Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, sent. n. 32899, cit.

⁴⁰⁴ Cfr. Cass. S.U. Thyssenkrupp, cit., secondo le quali *«nei casi dubbi conviene aver preliminarmente chiaro se si sia in un ambito di causalità commissiva od omissiva: la guida, come si è accennato, sarà la considerazione degli aspetti più significativi e giuridicamente rilevanti della condotta, nonché l’eventuale introduzione di un distinto fattore di rischio»*. E quindi chiaro che chiunque svolga un’attività rischiosa – come l’imprenditore rispetto alla sua attività produttiva – introduca in *primis* il fattore di rischio che l’ordinamento poi gli impone di gestire. Pertanto la responsabilità in quest’ambito deve qualificarsi quasi sempre in termini commissivi: il rischio “non impedito”, nella quasi totalità dei casi, è stato precedentemente “introdotto” dallo stesso soggetto che era poi chiamato a neutralizzarlo o a ridurlo. (cfr. *supra*).

“causalità materiale” a quello della “causalità della colpa”; lo *standard* probatorio si riduce sensibilmente, coincidendo – secondo l’opinione prevalente – con quello civilistico del “più probabile che non”. In altri termini, la teoria della sufficienza della mancata diminuzione o dell’aumento del rischio nell’ambito dei reati omissivi impropri colposi in luogo della certezza condizionalistica, nettamente rigettata dalle S.U. Franzese, sembra in una certa misura rimanere operante, seppur sul diverso piano dell’elemento soggettivo colposo.

Infine, per quel che concerne il ruolo che l’autonormazione datoriale (sia di primo che di secondo livello) può giocare nell’assicurare una maggiore prevedibilità delle rispettive responsabilità, e quindi degli esiti del processo, occorre evidenziare come questo sia significativamente ridotto dalla funzione meramente “dichiarativa” che essa a tal proposito assume: le principali posizioni di garanzia-competenza discendono, infatti, in via “originaria” dalla legge, talora a prescindere da una formale investitura, e pertanto rimangono – in quanto alla loro titolarità soggettiva e perimetrazione oggettiva – ineluttabilmente esposte alla valutazione discrezionale del giudice (e prima ancora, del Pubblico Ministero) rispetto al singolo caso concreto, in applicazione del principio di effettività. Rispetto alle funzioni delegate *ex art. 16 del T.U.*, il “delegante”: da un lato, rimane comunque gravato da un obbligo di “alta vigilanza”, la cui precisa portata non è piuttosto vaga (e a tratti fuorviante); dall’altro, egli è comunque esposto al rischio di vedersi in ogni caso coinvolto nell’imputazione per il fatto commesso dal delegato nell’espletamento delle funzioni delegate, laddove quest’ultimo venga ritenuto *ex post* inidoneo, secondo una valutazione ampiamente discrezionale, secondo lo schema dell’addebito per *culpa in eligendo*.

Svolte queste preliminari conclusioni, data la centralità che essa assume nell’ambito oggetto del nostro studio, occorre ora spostare l’attenzione sull’elemento soggettivo colposo: la materia, come si è visto, è dominata dalle regole cautelari, e gli addebiti – nella quasi totalità dei casi – concernono fatti che sono il frutto della negligente inosservanza degli obblighi di prudenza imposti dall’ordinamento al “sistema” dei “garanti”.

4. L’indeterminatezza della colpa penale nel diritto penale del lavoro e il valore dell’autonormazione

4.1. Premessa

Se, come si è avuto modo di apprezzare poc’anzi, la teoria dell’imputazione obiettiva si propone di delineare un dispositivo giuridico che traduca in “regola” il principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, occorre sottolineare come tale esigenza (e dunque, la sua utilità) si

avverta con particolare cogenza nell'ambito dei reati colposi. Come è stato sostenuto da Massimo Donini in una sua nota monografia, una volta affermatosi il principio di colpevolezza,⁴⁰⁵ si è pensato che tutti i difetti della responsabilità oggettiva sarebbero scomparsi improvvisamente esigendo quanto meno la colpa,⁴⁰⁶ nella misura in cui a “correggere” la causalità nomologico-condizionalistica bastasse a tal fine l'elemento soggettivo doloso o colposo.

Tuttavia, com'è stato pure notato da autorevole dottrina, a differenza del dolo – che è orditura della realtà e vi rimane impregnato – la colpa penale non è ricavabile dal suo substrato ontologico, tant'è che – giuridicamente – *«il fatto colposo non riflette neppure un fatto ma lo schema di un giudizio: o meglio, un'imputazione socialmente fondata e politicamente approvata, sulla base della quale ritenere che quell'offesa è ascrivibile a quel soggetto perché egli è venuto meno ad un “dover essere” che poteva esigersi da qualunque appartenente al gruppo sociale si fosse trovato nella sua posizione»*.⁴⁰⁷

Insomma, superata definitivamente la concezione “psicologica” della colpa, ciò che spicca nell'essenza strutturale del tipo colposo è la sua componente marcatamente normativa: uno snodo fondamentale per l'individuazione della tipicità colposa – rimasto per lungo tempo oscuro – coincide dunque, in larga parte, con la ricerca di quel “dovere di diligenza” la cui violazione risulta determinante ai fini dell'imputabilità per colpa.⁴⁰⁸

Segnatamente, il tipo colposo rappresenta il più fulgido esempio di fattispecie geneticamente aperta ai condizionamenti esterni: il paradigma colposo – per definizione – reclama il completamento, da parte di regole cautelari tratte loro volta da regole esperienziali o da norme scritte, sul piano della tipizzazione della condotta.⁴⁰⁹ Per tale ragione, il connaturato

⁴⁰⁵ Il riferimento è chiaramente diretto alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

⁴⁰⁶ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, op. cit., p. 24.

⁴⁰⁷ D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, op. cit., p. 509.

⁴⁰⁸ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 209 e s.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1999, p. 86 e s.

⁴⁰⁹ Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 637; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 165 *«E poiché il dovere, la cui violazione dà vita alla colpa, deve possedere la varietà di contenuti e di profili che gli è imposta dall'enorme numero di condotte e di risultati che possono ricondursi, già oggettivamente, sotto le fattispecie legali causalmente orientate, ecco che la sua fonte non può risiedere nella stessa norma incriminatrice [così M. GALLO, op. cit., p. 637]: la norma incriminatrice dovrà invece servirsi di “organi respiratori”, perciò di uno o più elementi normativi che le permettano, utilizzando le più diverse fonti e i più diversi criteri, di indicare, in ogni caso, la regola di condotta che andava osservata per evitare la realizzazione delle relative fattispecie»*.

deficit di tassatività e determinatezza della fattispecie colposa, la “candida” ad essere integrata per il tramite dell’autonormazione: ciò, se non altro, per la sua fisiologica tendenza a rilasciare cautele forgiate all’interno dei contesti in cui si dispiegano i rischi consentiti e socialmente utili, valorizzati dall’ordinamento.⁴¹⁰

Da quest’ultimo rilievo, possono trarsi due ulteriori corollari: anzitutto, il modo di atteggiarsi di questo “schema di giudizio”, di per sé tendenzialmente vuoto e umbratile, tende ad assumere diversi connotati in relazione alla disciplina settoriale – positiva e non – posta in relazione al tipo di attività pericolosa svolta dall’agente in concreto, e quindi, in relazione al “tipo” di rischio. A fronte di un apparente unitarietà della nozione di “colpa”, pertanto, è possibile distinguere varie “tipologie” di colpe: si parla infatti di “colpa medica”, “colpa professionale”, “colpa da circolazione stradale” (etc.).⁴¹¹

Un secondo, rilevante, corollario è costituito dal fatto che il paradigma di imputazione colposa, al pari della categoria concettuale della “posizione di garanzia” *ex art. 40 cpv c.p.*, data la sua scarsa tassatività-determinatezza, si presta a costituire un valido “grimaldello” utile a garantire l’ingresso surrettizio d’istanze “general-preventive” in sede di valutazione della personale responsabilità: se la regola cautelare viene costruita *ex post*, in funzione della massima tutela del bene giuridico, il giudizio di colpa rischia di trasformarsi in uno strumento di rafforzamento degli *standard* di sicurezza, più che in un rimprovero per un fatto concretamente prevedibile ed evitabile. In altri termini, il rischio è che la scarsa tassatività-determinatezza del tipo colposo venga utilizzata per “disciplinare” il settore produttivo, “trasformando” il processo penale in un luogo di “educazione collettiva”.⁴¹²

⁴¹⁰ S. B. TAVERRITI, *L’autocontrollo penale*, op. cit., p. 372.

⁴¹¹ D. CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, p. 216 e s. – secondo il quale «l’opportunità di una considerazione differenziata della colpa è da tempo messa in luce dalla dottrina più attenta all’elaborazione prasseologica e teorica di modelli d’imputazione almeno in parte diversificati nei diversi contesti di rischio e di responsabilità: tra questi, assume valenza di laboratorio di sperimentazione e di studio il settore lavorativo, al cui interno si rinvencono numerose morfologie di colpa.

Al cospetto di questo “molteplice”, il discorso sul criterio involontario d’imputazione si frammenta in misura tale da sconsigliare, per lo meno sul piano descrittivo e cognitivo, la “completezza” di costruzioni unitarie: dalla colpa, dunque, alle... colpe»

⁴¹² Lo rileva L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo*, in (a cura di) G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Giuffrè, Pisa, 2017, secondo il quale «al delitto colposo si vuole affidare un compito di “rassicurazione sociale” rispetto ai rischi tanto naturali quanto tecnologici che inevitabilmente incidono sulla vita umana: vi è oggi l’illusione che ogni pericolo può e dev’essere annullato ed ogni angoscia sedata da quello che – in uno scritto di tanti anni fa – chiamai “l’esorcismo penale”. Ma la pretesa è così grande e insoddisfacibile che mette a dura prova la categoria – già di per sé fragile – della “colpa” e può provocarne la degenerazione.» (p. 154). Nello stesso senso cfr. anche D. CASTRONUOVO,

Il tema del giudizio d'imputazione colposo si pone poi con particolare coerenza rispetto all'ambito oggetto del presente studio: le fattispecie poste a tutela della vita e dell'incolumità individuale vengono qui in considerazione quasi esclusivamente nella forma colposa. D'altronde, come si è già ampiamente argomentato, è lo stesso T.U. a possedere una natura iper-cautelare, diretta per lo più ad informare l'esercizio di attività produttive a *standard* conformi con l'esigenza di tutela di beni giuridici essenziali. Pertanto, il paradigma imputativo che più si attaglia a sanzionare il mancato ossequio dei complessi precetti ivi contenuti è senz'altro la colpa: essa, lo si è detto, si risolve principalmente in un rimprovero per la violazione di regole cautelari, ovverosia, per aver intrapreso un'attività rischiosa – quale è l'organizzazione di un'attività produttiva – senza la contestuale adozione delle necessarie cautele, di modo da ridurre la rischiosità entro un'area di accettabilità sociale.

4.2. La colpa penale - cenni

Il Codice penale fornisce una definizione di “colpa” all'art. 43 c. 3° del c.p. – rubricato “Elemento psicologico del reato” – disponendo che «*[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*».

Anzitutto emergono, sulla scorta di tale definizione, i due requisiti che valgono a fondarla: uno negativo – l'involontarietà del fatto di reato – che si traduce nell'assenza di dolo; uno positivo – che integra il cuore della colpa, in quanto ne individua il contenuto, consistente nella circostanza per la quale il fatto colposo deve essere riconducibile a (si deve verificare “a causa di”) negligenza, imprudenza, imperizia (ipotesi di cd. colpa generica), ovvero alla violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline (ipotesi di cd. colpa specifica).

È in quest'ultimo requisito che si radica la normatività della colpa penale: il tipo colposo non coincide con un dato psicologico, che è orditura della realtà, ma bensì si sostanzia in un giudizio essenzialmente “normativo”, tutto incentrato sulla violazione di una regola che, in ragione del carattere “aperto” della fattispecie colposa, dev'essere individuata in via

Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo, op. cit., p. 224, che parla di fattori di “precomprensione” che contribuirebbero alla “de-formazione” dell'elemento soggettivo colposo, spesso alimentati dalle pressanti esigenze di giustizia provenienti dal caso concreto.

ermeneutica al di fuori della stessa, vuoi in cautele formalizzate (nel caso della cd. colpa specifica), vuoi ricavandole dall'esperienza comune (nel caso della cd. colpa generica).⁴¹³

Come si è già avuto modo di constatare, proprio per tale motivazione, l'art. 43, 3° c., c.p. è affetto da un *deficit* strutturale di legalità, operando sostanzialmente un integrale rinvio alla disciplina cautelare *extra-penale* per la sua effettiva determinazione "in positivo". È la regola cautelare, a prescindere dalla sua fonte, a costituire infatti il "nucleo" del tipo colposo: essa descrive la condotta tipica, assolvendo ad una insostituibile funzione orientativa, configurandosi al contempo come un modello di "previsione" (cd. prevedibilità) e di "prevenzione" (cd. evitabilità astratta):⁴¹⁴ da un lato, essa individua specifiche cornici di rischio, dalle quali, sulla scorta di cognizioni esperienziali o nomologiche, è possibile pronosticare la verifica di determinati eventi lesivi quale conseguenza della propria condotta;⁴¹⁵ dall'altro lato, essa seleziona le condotte idonee ad evitare (cd. cautele "proprie") o a minimizzare (cd. cautele "improprie") il rischio di verifica dell'evento, contribuendo ad individuare quello che viene generalmente definito "comportamento alternativo lecito".

La prevedibilità e evitabilità, nell'attuale concezione "normativa" della colpa penale, assurgono generalmente a criteri di "confezionamento" della regola cautelare: la sua determinatezza è pertanto predefinita, in quanto riconoscibile *ex ante* dall'agente quale regola comportamentale astratta, dovendo il giudice considerarsi – in sede di accertamento – un mero fruitore di regole cautelari e giammai il loro produttore.⁴¹⁶ Pena, l'incompatibilità del

⁴¹³ C. PIERGALLINI, voce (colpa), op. cit., p. 226; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1999, p. 86; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 572 – secondo cui «La colpa è sempre meno colpevolezza: oltre a non essere elemento psicologico del reato, spesso non è nemmeno elemento soggettivo, riconducendosi sempre più a mera violazione di regole precauzionali in presenza dell'ingresso di un evento dannoso o pericoloso».

⁴¹⁴ K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Legislazione Penale*, 2022 – secondo la quale «l'evitabilità astratta rappresenta, insieme alla prevedibilità, un criterio per l'individuazione delle regole cautelari (in particolare l'evitabilità riguarda il contenuto della regola cautelare, ovvero lo specifico comportamento prescritto, che deve essere appunto idoneo ad evitare l'evento)».

⁴¹⁵ Cfr. A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 242 e s. – secondo il quale le condotte considerate dalle regole cautelari sono quelle che appaiono correlate ad eventi avversi sulla base di un nesso di pericolosità generale, che esprime la possibilità scientifica di un danno, sotto forma di probabilità statistica *ex ante*. Pertanto, la regola di prudenza che riempie il tipo colposo si fonda su una prognosi scientificamente fondata di pericolosità della condotta rispetto ad una classe definita di eventi offensivi: una pericolosità *ex ante* o situazionale, legata ad una conoscenza parziale e limitata alla prospettiva dell'agente. F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 121.

⁴¹⁶ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 1999, p. 90;

meccanismo imputativo colposo con il principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, c. 1° e 3° Cost.

Pertanto, a differenza di quel che attiene all'accertamento della causalità materiale (sia attiva che omissiva), la verifica giudiziale della colpa deve avvenire, anzitutto, da una prospettiva rigorosamente *ex ante*: la “base” del giudizio di responsabilità dovrà fare esclusivo riferimento al momento in cui il soggetto ha agito o omesso di agire, allo scopo di appurare se ed in quale misura fosse riconoscibile e prevenibile la situazione di pericolo.⁴¹⁷

L'adempimento alla cautela (il “dovere di diligenza”), presuppone l'adempimento ad un “dovere di riconoscere” il pericolo,⁴¹⁸ che è a sua volta “scomponibile” sia nel preliminare dovere di possedere un bagaglio di conoscenze nomologico-esperienziali adeguato, prima d'intraprendere l'attività rischiosa, sia nel dovere di avvertire la presenza di quegli elementi fattuali, di quelle condizioni iniziali (cd. “sotto-eventi pericolosi” o “segnali d'allarme”), in grado di riconnettere le summenzionate conoscenze alla situazione concreta.⁴¹⁹

Ciò, tuttavia, non basta: è necessario che quel sapere nomologico-esperienziale, a fronte del riconoscimento del “sotto-evento” pericoloso, sia in grado di indicare all'agente anche un *facere* specifico, ossia di individuare “in positivo” una condotta che – se realizzata – sia in grado (secondo una valutazione *ex ante* a base parziale) di eliminare o ridurre significativamente le probabilità di verificazione di eventi pericolosi o dannosi a danno dei terzi.⁴²⁰ Infine, data l'assenza – nelle fattispecie colpose di evento – del cd. “disvalore d'intenzione”, che vale a contrassegnare (anche sul piano della tipicità) i reati dolosi, è necessario riconnettere il disvalore della condotta (colposamente) inosservante all'evento che si sia concretamente verificato: si tratta della cd. “causalità della colpa” o “nesso di rischio”. In estrema sintesi, è necessario sia che l'evento *hic et nunc* rappresenti la concretizzazione della classe di rischi

⁴¹⁷ In relazione alla cd. “causalità della colpa” – riconducibile al paradigma della evitabilità in concreto – la più recente giurisprudenza lo ritiene maggiormente attinente alla sfera della tipicità oggettiva, segnatamente alla tematica della causalità: si tratta del cd. “nesso di rischio” o “concretizzazione della colpa nell'evento”. Come ha ribadito da ultimo la Suprema Corte, infatti: «non ogni evento verificatosi può esser ricondotto alla condotta colposa dell'agente, ma solo quello che sia collegato causalmente alla violazione della specifica regola cautelare. Il giudice, pertanto, non può limitarsi ad accertare il nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento dato, ma deve scrutinare quale sia il rischio che la norma violata è intesa a scongiurare» cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2022, sent. n. 3541.

⁴¹⁸ F. GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *Discrimen*, 2021, p. 4.

⁴¹⁹ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 1 e s.

⁴²⁰ F. CONSULICH, *Il concorso nel reato colposo*, op. cit., p. 68.

specifici che la cautela violata mirava a neutralizzare o a ridurre, sia pure che – secondo un giudizio di prognosi postuma a base totale – il suo ossequio avrebbe permesso (nei reati commissivi d’evento) di ridurre con una significativa probabilità le *chances* di verifica dell’evento dannoso o pericoloso.

Ricollegando il discorso all’ambito oggetto del nostro studio, la “scomposizione” del “dovere di diligenza” in “dovere di riconoscere” e di agire di modo da eliminare o neutralizzare il rischio, è plasticamente rappresentato nelle forme che l’addebito colposo nei confronti del datore di lavoro può assumere, rispettivamente, per mancato riconoscimento/scorretta valutazione e gestione dei rischi, in violazione della disciplina prevista dagli artt. 15, 17, 28, 29, 55 TUSL: il debito di sicurezza gravante sulla figura datoriale è anzitutto – infatti – un dovere “cognitivo”. Egli è infatti tenuto a prendere cognizione e ad acquisire tutte le conoscenze necessarie ad individuare tutti i fattori di rischio innescati dalla e nella attività produttiva (*risk assessment*) (art. 15, lett. a; art. 28, c. 1°, T.U.). Svolta tale preliminare ricognizione, questi è poi tenuto a “gestire il rischio” (facente capo alla componente “positiva” della regola cautelare, e dunque al *risk management*): alla valutazione dei rischi deve seguire l’indicazione nel DVR delle misure di prevenzione e protezione adeguate, nonché delle procedure organizzative per l’attuazione delle misure (art. 28, lett. b e d del T.U.).

In ogni caso, l’ambito di operatività del cd. “dovere di diligenza” deve ritenersi parametrato all’entità del rischio insito nell’attività svolta: le regole cautelari, se da un lato mirano ad orientare il comportamento umano (così come pure le stesse norme incriminatrici), dall’altro non possiedono ex se una natura prescrittiva, poiché esse constano in mere “istruzioni per l’uso” – limitandosi a contenere suggerimenti (o consigli) tecnici, relativi cioè a “mezzi da utilizzare per conseguire un certo fine”.⁴²¹ Ne consegue che, esse possiedono una natura “modale”: l’ordinamento consente l’attività lecita pericolosa, ma subordinandone l’esercizio al rispetto di regole ad hoc, finalizzate a contenerne la rischiosità entro una soglia di accettabilità sociale. In tale prospettiva, esse divengono sì prescrittive, ma solo nella misura in cui queste integrano una fattispecie penale, punita a titolo di colpa.⁴²²

Pertanto, la cifra che vale a contrassegnare la “validità” o meno di una regola cautelare è la sua efficacia preventiva, la sua idoneità a realizzare lo scopo di tutela proprio della

⁴²¹ F. GIUNTA, op. ult. cit., p. 87.

⁴²² F. GIUNTA, op. ult. cit., p. 87.

fattispecie colposa che essa vada ad integrare.⁴²³ Quest'ultimo riveste un'importanza così spiccata da consentire all'interprete di addirittura emanciparsi – nell'operazione ermeneutica di individuazione delle norme cautelari applicabili e astrattamente esigibili – dalle vicende relative alla validità della fonte legale che talora le richiama: laddove il sapere tecnico-scientifico disponibile suggerisca, infatti, l'adozione di cautele diverse e più efficaci di quelle positivizzate ad es. in un regolamento amministrativo, queste ultime dovranno essere disapplicate in luogo di quelle più idonee, pur se non ancora “formalizzate”.⁴²⁴ È, dunque, principalmente il sapere nomologico-esperienziale – conoscibile ex ante – a fondare il giudizio in ordine alla “prevedibilità” ed “evitabilità” dell'evento dannoso o pericoloso, e quindi, a costituire la “base” del rimprovero colposo: un sapere che – tuttavia – dev'essere tale da presentare i caratteri di “certezza scientifica” che caratterizzano le “leggi scientifiche di copertura”, suscettibili di essere impiegate ai fini dell'accertamento della causalità materiale. Ne consegue che – a rigore – non potrà essere mosso un rimprovero al datore di lavoro per mancata ricognizione o valutazione di un rischio che, all'epoca dei fatti, non fosse “conosciuto” nei termini di cui sopra. Laddove delle scoperte tecnico-scientifiche sopravvenute evidenzino la necessità di aggiornare le cautele apprestate e consacrate nel DVR, esse dovranno essere riviste.⁴²⁵

Più nello specifico, nella giurisprudenza di legittimità, si è sovente valorizzato il carattere “precauzionale della colpa”. Orbene, il principio di precauzione – a differenza del principio, di certo affine, di prevenzione “primaria”, enunciato dalla definizione di cui alla lett. n) dell'art. 2, 1° comma del T.U. – impone all'operatore economico, laddove un fenomeno, un prodotto o un processo abbia effetti potenzialmente pericolosi, individuabili per tramite una valutazione scientifica seppur incerta ma, di base, il più completa possibile, di agire “in via preventiva”. Segnatamente, se la prevenzione è orientata alla eliminazione o riduzione dei rischi noti, dagli effetti «*prevenibili in quanto prevedibili*»; la precauzione ha ad oggetto rischi ignoti

⁴²³ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 284, secondo cui «*lo statuto di validità ed efficacia delle regole cautelari non è quello delle norme giuridiche, ma risponde unicamente a un criterio “funzionale”: quello della prevenzione di effetti indesiderati o collaterali rispetto allo svolgimento di determinate attività intrinsecamente od occasionalmente rischiose. Difatti, le regole cautelari non hanno una natura necessariamente “giuridica”, ma si fondano solitamente sul paradigma etiologico o nomologico: hanno, dunque, lo stesso statuto delle leggi scientifiche; oppure si fondano sull'esperienza, sull'id quod plerumque accidit, o comunque su regolarità non necessariamente nomologiche (paradigma esperienziale)*».

⁴²⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 286; *contra* F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, op. cit., secondo cui, tuttavia, laddove la cautela di “colpa specifica” sia prevista da una “legge” o da un “regolamento”, essa è dotata di autonoma forza prescrittiva e dovrà senz'altro essere osservata.

⁴²⁵ D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, op. cit., p. 226.

che, «*allo stato delle conoscenze*» scientifico-nomologiche, non si possono ragionevolmente escludere.⁴²⁶

Ecco, quindi, che – data la derivazione euro-unitaria sia del principio di precauzione che della disciplina prevenzionistica contenuta nel d.lgs. 81/2008 – la giurisprudenza ha sovente ritenuto “prevedibili” degli eventi di danno o di pericolo poi concretamente verificatesi quali conseguenze certe (ex post) della condotta dell’agente.⁴²⁷ E ciò sulla base di un accertamento condotto impiegando saperi nomologici sopravvenuti, pur in assenza di un’analoga certezza nel momento in cui la condotta è stata realizzata: ecco – pertanto – che il paradigma della precauzione si presta a giocare il ruolo di potenziale fattore di espansione del diritto penale.⁴²⁸ Ciò nonostante la dottrina assolutamente maggioritaria generalmente escluda (in maniera più o meno netta) la riducibilità delle categorie penalistiche della causalità materiale, della colpa e dello stesso pericolo concreto alla logica precauzionale.⁴²⁹

Tuttavia, prima di entrare nel merito di tali specifiche problematiche nell’ambito oggetto del presente studio, occorre svolgere alcune ulteriori considerazioni generali in tema di colpa generica, specifica e “residuo di colpa generica” nell’ambito della colpa specifica: si vedrà, perciò, come sia quest’ultima categoria a mettere maggiormente in crisi la certezza e tassatività

⁴²⁶ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 3 – L’Autore rappresenta simbolicamente prevenzione e precauzione attraverso il richiamo mitologico rispettivamente a Prometeo e Cassandra. Nella mitologia greca Prometeo è il titano che prevede (il nome deriva da *pro-mētheia*, “pre-visione”, “pre-pensiero”) e che, proprio grazie a tale capacità, anticipa i pericoli e agisce prima che si verifichino. Il mito lo rappresenta come colui che porta il fuoco agli uomini e insegna loro le tecniche necessarie per dominare la natura. Per converso, Cassandra, figlia di Priamo, riceve da Apollo il dono della profezia, ma è condannata a non essere creduta. Ella annuncia pericoli futuri (come la rovina di Troia) che gli altri non riescono o non vogliono riconoscere.

⁴²⁷ Il richiamo è principalmente alle sentenze emesse in materia di responsabilità datoriale per esposizione a sostanze tossiche, cfr: Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2014, sent. n. 7941. Nel caso di specie, la logica del principio di precauzione emerge dalla ricostruzione operata dalla Corte circa il livello delle conoscenze scientifiche sul rischio amianto e le conseguenti cautele esigibili nella gestione delle lavorazioni. La sentenza evidenzia, infatti, che già dagli anni Sessanta era emerso nella comunità scientifica un consenso crescente sulla pericolosità cancerogena della sostanza e sulla necessità di adottare misure preventive idonee a contenere la dispersione delle fibre e l’esposizione dei lavoratori, pur in presenza di incertezze circa le soglie di sicurezza; in tale contesto veniva già prospettata l’esigenza di adottare specifiche «misure di precauzione» nella gestione delle lavorazioni dell’amianto. Cfr. *amplius* S. ZIRULIA, *Il caso Ethernit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, op. cit., p. 97; cfr. inoltre Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006; Cass. pen., Sez. IV, 24 maggio 2012, sent. n. 33311.

⁴²⁸ D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., p. 7.

⁴²⁹ In questo senso cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 1684 e s.; ID, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, op. cit., p. 327 s.; V. ATTILI, *L’agente-modello nell’era della complessità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 1278 s.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP*, 2008, p. 651 s.

dei precetti nell'ambito del diritto penale applicato alla sicurezza sul lavoro, contribuendo ad amplificare per certo i profili di *vagueness* e di *overbreadth* che già affliggono i criteri normativi di "perimetrazione" dell'obbligazione prevenzionistica, plausibilmente ingenerando una indesiderabile *overdeterrence*, idonea a pregiudicare la stessa utilità orientativa dell'autonormazione datoriale e – pertanto – dello stesso adempimento autopoietico ad egli richiesto dalla normativa vigente.

4.3. Colpa generica, colpa specifica – rapporti fra colpa generica e specifica

Le regole cautelari, ferma restando la loro natura conformativa, vengono infatti generalmente distinte anzitutto in ragione della fonte dalla quale esse sono tratte. In questi termini, si suole discernere fra cautele di colpa cd. generica e specifica: le prime trovano il loro fondamento nelle generiche nozioni di "negligenza, imprudenza ed imperizia" enucleate dalla definizione codicistica; le seconde, invece, si sostanziano in regole cautelari "positivizzate" – ossia racchiuse in "leggi, regolamenti, ordini o discipline".

Se sul piano strutturale, l'essenza della colpa è unica, essa risolvendosi in un rimprovero essenzialmente fondato sullo "scostamento" della condotta dell'agente concreto da una pretesa cautelare; su un versante funzionale, pare correre una sensibile differenza fra ipotesi di colpa generica e di colpa specifica: la prima, infatti, si fonda sulla violazione di cautele rilevanti in ragione della loro affermazione nella prassi, nella comune esperienza; le seconde, per converso, si basano essenzialmente sulla violazione di regole positive con finalità esclusivamente cautelare, in quanto dirette a neutralizzare (o a ridurre) specifiche classi di rischio tipico – delle quali esse forniscono una puntuale descrizione – suggerendo determinate modalità di azione in relazione a delle altrettanto determinate situazioni di fatto.⁴³⁰

Ne deriva che, dato il fondamento essenzialmente sociale delle cautele di colpa generica, esse sono generalmente ritenute più idonee a "disciplinare" le situazioni di rischio ubiquitario, triviale, ordinario: in tali ipotesi, il riferimento al generico criterio dell'*id plerumque accidit* può efficacemente fungere da parametro di confezionamento della norma prudenziale. Per converso, nei contesti caratterizzati da significativi rischi tecnico-specialistici (quali ad es. la sicurezza sul lavoro, l'arte medica etc.), si assiste sovente alla traduzione del sapere qualificato – proprio del settore – in cautele positive: queste ultime, quindi, tendono a basarsi su di una cornice

⁴³⁰ C. PIERGALLINI, *voce Colpa*, op. cit., p. 239.

nomologica generalmente più ricca e avanzata, tale da sollecitare l'adozione di condotte non sempre coincidenti con quelle dettate dalla normalità dell'esperienza collettiva.⁴³¹

Le ragioni di fondo, sottese alla *«progressiva traduzione in norme scritte delle regole di diligenza, prudenza e perizia che debbono governare le attività più tipicamente rischiose»*, oltre alla maggiore certezza del diritto che ne consegue, riposano anzitutto nell'*«esigenza di creare strumenti normativi più adatti a ridurre entro limiti sopportabili l'entità dei pericoli connessi allo svolgimento di attività socialmente utili ma rischiose»*. In altri termini, le cautele di colpa specifica sono in grado di “cristallizzare” – sottraendolo alla variabile discrezionalità del giudice – un delicato bilanciamento fra l'utilità sociale dell'attività rischiosa, ed istanze di tutela dei beni potenzialmente minacciati dalla stessa: una valutazione comparativa di interessi che – pertanto – sottende scelte di natura tipicamente politica.⁴³²

Dalla “codificazione” delle regole prudenziali derivano, inoltre, ulteriori benefici. Anzitutto, è garantita una maggiore uniformità nella disciplina delle attività rischiose, delimitando in modo tendenzialmente più certo i confini del rischio lecito, ed offrendo ai consociati una fidata “falsariga” per le loro azioni. In secondo luogo, esse sono in grado di innalzare lo *standard* della diligenza esigibile, garantendo una maggiore effettività del controllo normativo dei rischi, e supplendo ad un eventuale *self-restraint* che potrebbe caratterizzare il sindacato giurisdizionale in assenza delle regole suddette.

Tuttavia, occorre notare come questa rigida “linea di demarcazione” fra il regno della colpa generica e quello proprio della colpa specifica non è sempre così netta, anzi. A tal proposito, fra le cautele positive di “colpa specifica”, si suole discernere fra regole cautelari rigide ed elastiche: rispetto alle prime, il problema dell'individuazione della condotta doverosa generalmente non si pone, ciò nella misura in cui la pretesa cautelare è da esse interamente descritta, sì che se ne impone l'integrale rispetto. Ciò a meno che questa non si mostri palesemente inadeguata a fronteggiare la situazione di rischio, vuoi perché lo sviluppo scientifico e tecnologico l'abbia resa manifestamente disfunzionale, vuoi perché le circostanze concrete rendono preferibile ricorrere ad una diversa cautela.⁴³³

⁴³¹ C. PIERGALLINI, *voce Colpa*, op. cit., p. 231.

⁴³² G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 295 e s.; nello stesso senso D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op cit., p.115 e s.

⁴³³ C. PIERGALLINI, *voce Colpa*, op. cit., p. 230.

Al contrario, rispetto alle regole cautelari positive cd. “elastiche”, l’individuazione della condotta doverosa risulta decisamente più complicata, al pari di quanto non accada rispetto alle ipotesi di colpa generica: qui, infatti, le due specie di colpa tendono a fondersi. È in questo contesto che emerge la dialettica tra la qualità della cautela e i costi della sua adozione. Con una precisazione: il problema dei costi non concerne tanto le attività “triviali” – ossia i rischi del quotidiano, tradizionalmente governati dalla colpa generica – quanto, piuttosto, le attività produttive o professionali, nelle quali la norma scritta presenta un contenuto flessibile e variabile. In tali ambiti, infatti, alla descrizione del rischio e all’individuazione delle cautele concorrono tanto le regole formalizzate quanto quelle che rinviano all’esperienza, legittimando così un’apertura verso la realtà concreta. Quanto maggiore, in questa confluenza, è il ruolo esercitato dal rinvio alla regola esperienziale, tanto più la colpa specifica tende ad “evaporare” in direzione della colpa generica.⁴³⁴

Si pensi, a titolo esemplificativo, all’art. 2087 c.c.: ciò che ne segna la specificità è il riferimento ai soggetti gravati dall’obbligo – i datori di lavoro – nonché la chiara finalizzazione preventiva, volta alla salvaguardia dell’integrità fisica dei lavoratori. Quanto, invece, all’individuazione delle cautele dovute, la disposizione presenta i tratti tipici della colpa generica.

Il dispositivo concettuale tramite il quale, in queste ultime due ipotesi, è possibile “individuare” la specifica cautela violata è costituita dal cd. “agente-modello”. Si tratta di una figura che è la risultante di un processo in cui si muove dall’agente concreto e se ne individuano, per astrazione, alcune caratteristiche capaci di rilasciare elementi di selezione del suo circolo sociale di appartenenza. All’esito di questo procedimento, esso non si staglia né come una figura avvedutissima ed accortissima, né in coincidenza dell’agente reale: di talché, questo viene generalmente delineato come *homo eiusdem professionis et condicionis*, ossia quale un soggetto ragionevole e coscienzioso, sprovvisto di una dimensione universale. In particolare, allo scopo di tracciare i confini della tipicità colposa, si ricorre alla figura dell’agente modello come parametro per la misurazione della prevedibilità dell’evento, di modo da ovviare alla

⁴³⁴ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, op. cit., p. 86 e s. - «Dire che in tali ipotesi ci si trova in presenza di una regola cautelare giuridica significa arrestarsi all'apparenza del fenomeno, poiché la fonte giuridica si limita a richiamare genericamente e indistintamente le norme cautelari sociali e il loro ambito di operatività. Ciò significa che, sotto il profilo preventivo, la norma cautelare giuridica non ha una funzione autonoma. Com'è intuitivo, ne consegue che quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica.»

indeterminatezza che caratterizza il giudizio di colpa “generica” – o comunque, il “residuo di colpa generica” nell’ambito della colpa specifica.⁴³⁵

è qui che si pone il tema della fissazione dello standard a cui informare il dovere di diligenza: laddove occorra confrontarsi con le attività produttive, capaci di determinare aggressioni nei confronti di beni giuridici rilevanti, entrano in gioco i doveri di informazione e di adeguamento cautelare propri dell’agente-modello, in una cornice in cui è la scienza a svolgere un insostituibile funzione rischiaratrice. Il progresso tecnologico pone, infatti, questioni esiziali nel contesto oggetto del presente studio: quando una cautela “più avanzata” diviene esigibile, e a quale “costo” per l’imprenditore?

Generalmente, le risposte che vengono fornite dalla dottrina si stagliano su due “fronti” contrapposti, a cui è presupposto un diverso modo di concepire il rimprovero per colpa:

- A) Vi è anzitutto un orientamento “normativo-deontico”, decisamente prevalente sia in dottrina che nella maggioritaria giurisprudenza di legittimità, secondo il quale le regole cautelari, diverse da quelle positivizzate, non possano essere ricondotte alla “prassi” o alla “consuetudine” propria di una certa “cerchia” sociale. Al contrario, quest’impostazione valorizza la dimensione “deontica” della regola cautelare, che – come si è già accennato – condivide con le norme penali la funzionalizzazione alla massima tutela dei beni giuridici coinvolti. Insomma, le regole cautelari non devono limitarsi a “fotografare” una realtà sociale, ma bensì fungere da «*criteri di controllo sulle prassi effettive*», di validazione o invalidazione degli usi a seconda della loro rispondenza o meno agli *standard* di tutela richiesti dall’ordinamento. Perciò, diligente è ciò che si deve fare, anche contro la prassi e a prescindere dai costi.⁴³⁶
- B) Vi è poi un orientamento “socio-esperienziale”, avvallato (come si vedrà) dalla giurisprudenza costituzionale in materia, che tende a riconoscere una caratura consuetudinaria alle regole sociali derivanti dall’esperienza collettiva. Per questa via, il soggetto sarebbe indotto «*a un atteggiamento di conformazione al comportamento della maggioranza*», sì da indurre nei terzi «*l’aspettativa di una certa condotta e finanche una posizione di affidamento*»⁴³⁷. L’agente diviene pertanto un «*mero fruitore della norma cautelare, chiamato a conformarsi al comportamento della maggioranza e ad evitare pericolosi individualismi*».⁴³⁸ Insomma, in questa prospettiva, il rimprovero “per colpa” (generica o specifica in relazione a cautele “elastiche”) si giustificerebbe in ragione del “tradimento” della condotta del singolo rispetto all’affidamento riposto dai terzi nella

⁴³⁵ L. STORTONI, op. ult. cit., p. 161.

⁴³⁶ Il massimo esponente, in dottrina, di quest’orientamento è senz’altro G. MARINUCCI (cfr. ID, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, op. cit.).

⁴³⁷ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, CEDAM, Milano, 1993, p. 243.

⁴³⁸ F. GIUNTA, op. ult. cit., p. 245.

coincidenza della stessa a ciò che, in via consuetudinaria, si ritiene necessario compiere in relazione ad una determinata “cerchia sociale”.

La “critica” all’impostazione “normativa-deontica” trova il proprio principale argomento nella necessità di “precostituire” le regole cautelari esigibili, sottraendo la loro individuazione al “senno di poi” del giudice nel processo: se si ritiene che le cautele di fonte sociale rappresentino la cristallizzazione dell’esperienza collettiva in regole comportamentali, spontaneamente individuate dalla prassi e il cui valore non è universale, ma relativo a determinati ambienti sociali, è possibile garantire la loro effettiva pre-determinabilità e conoscibilità da parte dell’agente concreto, assicurando pertanto una maggiore tassatività e determinatezza del tipo colposo.⁴³⁹

Per converso, il dispositivo concettuale dell’agente-modello rischia di assumere le sembianze di un catalogo non agevolmente consultabile da parte dell’agente concreto, sì da favorire interventi surrogatori del giudice, che diverrebbe il vero arbitro in ordine alla fissazione dell’asticella del dovere.⁴⁴⁰ Ne scaturirebbe una rincorsa verso l’alto, con la conseguenza fatale che l’agente-modello risulterà sempre più diligente, più perito e più prudente dell’agente-reale. Dunque, si sarebbe al cospetto di una figura che propende «*verso la solidarietà fino all’estremo*», destinata ad issarsi a formidabile volano di sentenze di condanna.⁴⁴¹ Ciò specialmente in contesti, come quello oggetto del nostro studio, ove i beni giuridici in gioco sono di rilevanza assoluta.

Il tema chiama in causa il bilanciamento fra esigenze contrapposte, e in definitiva, attiene alla definizione dell’area del “rischio lecito consentito”: qui, il *topos* del *chilling effect* sembra poter trovare applicazione, in quanto – come si è sostenuto nel Capitolo II del presente scritto – *standard* eccessivamente severi non possono che produrre un’eccessiva deterrenza, vanificando l’idoneità della norma penale a produrre un reale effetto “orientativo”, e quindi, in ultima istanza, pregiudicandone l’effettività. Pertanto, sul tema occorre svolgere qualche ulteriore considerazione.

⁴³⁹ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Discrimen*, 2008, p. 165 e s.

⁴⁴⁰ F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 10, p. 1295.

⁴⁴¹ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Il Reato colposo e modelli di responsabilità*, (a cura di) M. DONINI, R. ORLANDI, Bologna University Press, 2013, p. 75 e s.

4.4. Lo standard “oggettivo” di diligenza esigibile ed il ruolo dell’art. 2087 c.c

Come si è già ampiamente anticipato, il disposto dell’art. 2087 c.c. è stato “agganciato” al dettato degli artt. 32 e 41 Cost., nel senso di affermare una netta prevalenza, sempre e in ogni caso, dell’interesse alla tutela del bene giuridico rappresentato dalla salute e dalla sicurezza del lavoratore rispetto alla – pur costituzionalmente garantita – libertà di iniziativa economica privata. Di talchè, la norma – oltre a “fondare” la posizione di garanzia-competenza datoriale in materia di sicurezza – è stata impiegata dalla giurisprudenza quale “valvola di sicurezza” dell’intero sistema prevenzionistico, atta a governare il rapporto tra colpa generica e colpa specifica: la disposizione, infatti, è stata interpretata quale parametro tramite il quale innalzare verso l’alto il dovere di diligenza datoriale, imponendo l’adeguamento del sistema cautelare da egli apprestato secondo il triplice paradigma della particolarità del lavoro, dell’esperienza e dell’evoluzione tecnico-scientifica.⁴⁴²

4.4.1. Le sentenze della Corte costituzionale n. 475 del 1988 e n. 312 del 1996: dal criterio della “massima sicurezza tecnologicamente fattibile” allo standard della “massima sicurezza concretamente praticabile”

Sul punto la Corte costituzionale ebbe modo di esprimersi in più occasioni. La prima sentenza nella quale la Consulta ebbe modo di pronunciarsi in ordine all’idoneità delle “clausole cautelari elastiche” ai fini del rimprovero per colpa del datore di lavoro fu la n. 475 del 1988. La questione sottoposta all’analisi del Giudice delle leggi riguardò all’epoca l’art. 24 del d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303, a mente del quale: *«nelle lavorazioni che producono scuotimenti, vibrazioni o rumori dannosi ai lavoratori, devono adottarsi i provvedimenti consigliati dalla tecnica per diminuirne l'intensità»*.

Segnatamente, i giudici rimettenti segnalavano *«l'impossibilità per l'interprete di dare un concreto contenuto alla norma impugnata, e quindi per il cittadino di desumerne una precisa regola di condotta»*, ciò in quanto non erano state contestualmente previste delle norme regolamentari *ad hoc* che fissassero dei limiti-soglia di tollerabilità massima della rumorosità negli ambienti di lavoro. La Corte – dichiarando infondate le questioni di legittimità sollevate – ebbe modo di rilevare come fosse *«senza pregio»* il rilievo secondo cui l'imprenditore, dovendo seguire i progressi della tecnica in assenza di riferimenti certi di fonte regolamentare, sarebbe stato costretto a sottoporsi ad “una vera e propria fatica di Sisifo”. Ciò nella misura in cui il datore di lavoro, anche laddove tali riferimenti vi fossero stati, sarebbe pur sempre stato

⁴⁴² O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 76.

obbligato ad “inseguire” i periodici aggiornamenti della normativa tecnica operati dal Presidente del Consiglio. Per di più, si sottolineò come «*l'adozione di misure idonee a garantire la salute fisica del lavoratore*» fosse materia di «*specifica obbligazione a carico dell'imprenditore (art. 2087 cod. civ. e 9 Stat. lavoratori)*»: la disposizione impugnata, pertanto, non costerebbe in null'altro se non in una specificazione della stessa, ed anche laddove si volesse adombrare il valore “privatistico” di tali disposizioni, la loro imperatività – nell'ottica della Consulta – deriverebbe in ogni caso dall'art. 32 della Costituzione.

La Corte, tuttavia, ebbe modo di ritornare sulla questione, rivisitando parzialmente l'indirizzo precedentemente espresso nella successiva sentenza n. 312 del 1996, avente ad oggetto l'asserita illegittimità costituzionale (per violazione degli artt. 25 e 70 della Cost.) dell'art. 41, comma 1°, del d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 (Attuazione delle direttive n. 80/1107/CEE, n. 82/605/CEE, n. 83/477/CEE, n. 86/188/CEE e n. 88/642/CEE, in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro, a norma dell'art. 7 della legge 30 luglio 1990, n. 212).

In tale occasione, il Giudice rimettente segnalò come la norma in esame – nella misura in cui imponeva al datore di lavoro «*la riduzione al minimo, in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, dei rischi derivanti dalla esposizione al rumore mediante l'adozione di non meglio specificate misure tecniche, organizzative e procedurali, concretamente attuabili, privilegiando gli interventi alla fonte*» – fosse priva dei necessari requisiti di determinatezza. Ciò non tanto in relazione al riferimento contenuto in quella norma ai provvedimenti consigliati dalla tecnica, ma bensì in considerazione del richiamo operato alle misure “organizzative e procedurali”.

Di particolare interesse furono i rilievi svolti in questa sede dalla Corte. Anzitutto, ella ebbe modo di notare come la disposizione impugnata – nell'intenzione del legislatore – sarebbe da configurarsi quale “norma penale di scopo”, comportando un generale dovere di riduzione del rumore anche a livelli in cui non scatti «*alcuno specifico obbligo di protezione*», sicché «*la cogenza dei valori espressi dall'art. 41 della Costituzione [...] è certamente tale da giustificare una valutazione negativa, da parte del legislatore, dei comportamenti dell'imprenditore che, per imprudenza, negligenza o imperizia, non si adopera, anche al di là degli obblighi specificamente sanzionati, per ridurre l'esposizione al rischio dei propri dipendenti*». Tuttavia, se è vero che il lavoratore abbia diritto a ricevere un'adeguata protezione, è altrettanto vero che la sua sicurezza non rappresenta il solo valore in gioco: quest'ultima,

infatti, costituisce per certo un limite all'autonomia dell'imprenditore, *«ma quando sul fondamento di tale limite si intende basare una fattispecie criminosa, viene in considerazione l'indefettibile principio costituzionale di necessaria determinatezza delle previsioni della legge penale»*.

Di qui – ed è questo, agli occhi dello scrivente, il vero “nocciolo duro” della questione – la Consulta ebbe pure modo di notare come la questione sottoposta al suo scrutinio si discostasse di molto da quella affrontata nella precedente sentenza n. 475 del 1988. Ciò in quanto *«l'art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 277 del 1991 allarga notevolmente lo spettro dei comportamenti rilevanti e li investe con norma penale di scopo, che fa riferimento non più solo ai provvedimenti suggeriti dalla tecnica – come l'art. 24 del d.P.R. n. 303 del 1956 – ma anche alle misure organizzative e procedurali concretamente attuabili»*. Ne consegue che, *«non viene quindi in questione un profilo particolare dell'attività di impresa, ma quasi la sua totalità»*: ciò che è normalmente oggetto di discrezionalità dell'imprenditore, salvi i limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, è qui suscettibile di trasformarsi in attività penalmente vincolata, nel suo insieme, al raggiungimento di un fine; con la conseguenza che, per la pluralità dei mezzi il cui impiego viene teleologicamente orientato dalla previsione di una pena e per le pressoché indefinite possibilità di una loro combinazione, finisce con l'essere il giudice penale – e di fatto spesso il suo perito – ad assumere quella discrezionalità.

Pertanto – fermo restando un necessario spazio rimesso alla valutazione discrezionale del giudice – la Corte ritenne che l'unico modo di assicurare la conformità della norma impugnata (e più in generale, delle “norme che impongono la realizzazione di risultati [...] o, se si preferisce, [la] massimizzazione della sicurezza”) fosse quello di restringere la discrezionalità dell'interprete, dovendosi riferire la locuzione “concretamente attuabili” alle *«misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli standard di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive»*. Ed è in questa direzione che dovrà, secondo la Consulta, essere di volta in volta indirizzato l'accertamento del giudice: *«ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli standard di produzione industriale, o specificamente prescritta»*.

Quest'enunciato aprì un vastissimo dibattito: da un lato, gli esponenti dell'orientamento "normativo-deontico", secondo cui lo *standard* individuato (maldestramente) dalla Consulta doveva ritenersi essenzialmente coincidente con quello della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile", e quindi – in quest'ottica – le misure "concretamente attuabili" non coinciderebbero con quelle di "generale applicazione", ma bensì con «*quelle fattibili alla luce delle correnti conoscenze sui mezzi disponibili sul mercato al tempo della supposta violazione del dovere*»⁴⁴³; dall'altro, i fautori della concezione "socio-esperienziale" della colpa, ritennero "avvallata" dalla pronunzia della Consulta la tesi per la quale tale *standard* dovesse coincidere con quello della "massima sicurezza ragionevolmente praticabile". Secondo quest'ultima prospettiva, si propone di privilegiare le *best practices*, quelle collaudate, cioè, formatesi pur sempre tramite un allineamento, proceduralizzato, all'evoluzione delle scienze di settore.⁴⁴⁴ Nei protocolli e nelle linee-guida, che cristallizzano tali prassi, si condensa il sapere di molteplici soggetti, che hanno partecipato alla definizione delle cautele e alla perimetrazione del rischio consentito: la procedimentalizzazione dell'agire diligente viene quindi vista quale «*l'alternativa intermedia agli estremi della volontà della legge e del solipsismo interpretativo del consulente tecnico e del giudice*», ovvero quale «*antidoto contro l'assolutismo legislativo e contro quello giudiziario*».⁴⁴⁵

4.4.2. L'avvallo dello standard della "reasonable practicability" da parte della giurisprudenza della Corte europea di giustizia

Segnatamente, sul punto ebbe modo di pronunziarsi anche la Corte di Giustizia europea che – nella causa C 127/05, respingendo il ricorso della Commissione europea contro il Regno Unito (e Irlanda del Nord) – ritenne conforme alla direttiva quadro 89/391/CE la declinazione dell'obbligo di adeguamento e aggiornamento in materia di sicurezza (*duty of care*) nei limiti della "reasonable practicability", così come disciplinato dall'*Health and Safety at Work Act* del 1974. Più in particolare, i giudici di Lussemburgo avvallarono l'osservazione svolta dal Regno Unito, secondo la quale l'obbligo di sicurezza posto a capo dal datore di lavoro si configura non come «*un'obbligazione di risultato, consistente nel garantire un ambiente di lavoro esente da ogni rischio, bensì come un obbligo generale di messa a disposizione a favore dei lavoratori di ambienti di lavoro sicuri, nozione il cui contenuto può essere dedotto dagli articoli 6-12 della*

⁴⁴³ G. MARINUCCI, op. cit., p. 52.

⁴⁴⁴ C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, op. ult. cit., p. 233.

⁴⁴⁵ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, (a cura di) M. DONINI, R. ORLANDI, Bologna University Press, Bologna, 2013, p. 75.

direttiva e dal principio di proporzionalità». Orbene, lo *standard* della “ragionevole praticabilità” – nella prospettiva di una lettura sistematicamente coerente – non si porrebbe in termini di antitesi rispetto al più esigente paradigma della “massima sicurezza possibile”: esso varrebbe, piuttosto, a circoscriverne l’operatività, consentendo di escludere l’addebito allorché l’adeguamento al livello più elevato di protezione tecnicamente conseguibile comporti un sacrificio manifestamente sproporzionato e, dunque, non ragionevole.

Più precisamente, la nozione anglosassone di “*reasonable practicability*” postula un effettivo giudizio comparativo tra, da un lato, il *quantum* del rischio – avuto riguardo alla gravità del danno e alla probabilità del suo verificarsi – e, dall’altro, il sacrificio richiesto per neutralizzarlo o ridurlo (in termini di impiego di risorse economiche, tempo e complessità tecnica). In tale ottica, l’esonero da responsabilità può configurarsi esclusivamente ove emerga una *gross disproportion* tra entità del rischio e costo – anche economico – necessario alla sua eliminazione o significativa mitigazione.⁴⁴⁶

Al contrario, secondo l’approccio proposto dal massimo esponente dell’orientamento “normativo-deontico”, «*la diligenza esigibile si ricava [...] da quel che si poteva pretendere anche in termini di sopportazione dei costi economici, fino alla rinuncia dell’attività, dall’*homo eiusdem condicionis et professions* – dal modello di un uomo ragionevole nello svolgimento del tipo di attività e nelle circostanze in cui ha operato l’agente concreto*».⁴⁴⁷ Di talchè, il sapere nomologico necessario è esigibile se ed in quanto esso sia stato diffuso “al di fuori della cerchia degli specialisti” nel momento in cui l’agente ha realizzato la condotta, di modo che l’agente-modello vi avrebbe potuto attingere; mentre invece le «*misure da adottare sono quelle fattibili alla luce delle correnti conoscenze sui mezzi disponibili sul mercato al tempo della supposta*

⁴⁴⁶ In questo senso, la nozione di “*reasonable practicability*” ricorrente nell’Ordinamento britannico è stata enunciata da Lord Asquith in relazione al *leading case* *Edwards v. National Coal Board* [1949] 1 KB 704, [1949] 1 All ER 143 (CA), segnatamente egli afferma che «“*reasonable practicable*” is a narrower term than “*physically possible*” and seems to me to imply that a computation must be made by owner in which the quantum of risk is placed in one scale and the sacrifice involved in the measures necessary for overruling the risk (whether in money, time or trouble) is placed in the other, and that, if it be shown that there is a gross disproportion between them – the risk being insignificant in relation to the sacrifice – the defendants discharge the onus on them. Moreover, this computation falls to be made by the owner at a point in time anterior to the accident»». (cfr. *amplius*, V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti in diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di sicurezza del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 135).

⁴⁴⁷ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, op. cit., p. 47.

violazione del dovere».⁴⁴⁸ Ciò, senza che si possa attribuire rilievo alle dimensioni dell'impresa, per lo meno per quel che concerne l'adozione dei mezzi a fronte di rischi conosciuti.⁴⁴⁹

Nell'ambito oggetto del presente studio, più in particolare, il rischio è che un approccio così "assolutizzante" – in assenza di "clausole" razionalizzanti quale ad es. l'espressa menzione del criterio della "*reasonable practicability*" e – specialmente – a fronte di obblighi di garanzia particolarmente estesi e pregnanti – rischia di avvallare tendenze "distorsive" del paradigma imputativo colposo, impedendogli di svolgere una reale funzione garantistica diretta a rendere operativo il principio di colpevolezza solennemente enunciato dall'art. 27 della Costituzione. Segnatamente, in riferimento al settore della sicurezza sul lavoro, la preminenza ad ogni costo del bene "salute" sul "profitto" dell'imprenditore si presta agevolmente a fungere da "argomento ideologico", in grado di svuotare di significato le categorie garantistiche della prevedibilità ed evitabilità che guidano l'imputazione colposa, trasformandola di fatto in una forma occulta di responsabilità oggettiva.⁴⁵⁰

4.4.3. Il rigetto di letture rigidamente "coerentiste" dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e l'esigenza di bilanciamento secondo i parametri della proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale relativa all'Ilva di Taranto

Un ulteriore conferma della necessità di "smorzare" l'assolutezza di tal stringente criterio viene, di nuovo, dalla giurisprudenza della Consulta, questa volta maturata in relazione alla vicenda ILVA.

La complessità della questione non permette – nell'economia di questo scritto – di affrontarla nel dettaglio. Ciò che tuttavia qui più rileva attiene alle indicazioni che la Corte fornì in merito al tema del "bilanciamento" fra interesse alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore, e prosecuzione dell'attività economica. In estrema sintesi, la vicenda si è sviluppata attorno due filoni principali: il primo, di ordine ambientale; il secondo, attinente alla sicurezza sul lavoro.

In entrambi i casi, fu l'applicazione della misura cautelare reale *ex art. 321, c. 1° e 2° c.p.p.* ad aver suscitato problemi assai complessi. Anzitutto – rispetto al "filone ambientale" – il sequestro preventivo degli impianti dello stabilimento e dei prodotti finiti e semilavorati, suscitò per primo l'intervento del legislatore e del potere esecutivo, realizzatosi per tramite del

⁴⁴⁸ G. MARINUCCI, op. ult. cit., p. 52.

⁴⁴⁹ G. MARINUCCI, op. ult. cit., p. 54.

⁴⁵⁰ D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, op. cit., p.

d.l. n. 207/2012, convertito in l. 24 dicembre 2012, n. 231; garantendo così la prosecuzione delle attività produttive, anche laddove gli impianti fossero stati sottoposti a sequestro, alle condizioni che lo stesso decreto prevedeva.⁴⁵¹

Pochi anni dopo, a seguito della verifica di un ennesimo infortunio mortale sul lavoro presso l'altoforno 2 dello stabilimento Ilva a Taranto, a fronte di un nuovo provvedimento di sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*, il legislatore intervenne nuovamente per tramite del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, art. 3, decaduto, i cui effetti sono stati fatti salvi dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

Segnatamente, nel pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale degli articoli 1 e 3 del decreto-legge n. 207 del 2012 (recante “Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale”, convertito con modificazioni dalla legge n. 231 del 2012), il Giudice costituzionale anzitutto affermò come nel nostro ordinamento non esistano “diritti tiranni”, collocati in una gerarchia rigida e dotati di prevalenza assoluta sugli altri. Con la conseguenza – quindi – che tutti i diritti fondamentali – anche quelli “primari” come la salute e l'ambiente – sono “dinamicamente” bilanciabili, da parte del legislatore, sulla base dei principi di proporzionalità e ragionevolezza:

«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...] La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle

⁴⁵¹ In sintesi, il decreto acconsentiva la prosecuzione delle attività produttive laddove: lo stabilimento fosse qualificato di interesse strategico nazionale; occupasse almeno 200 lavoratori; la prosecuzione fosse necessaria per salvaguardare occupazione e produzione; fosse rilasciata un A.I.A. (Autorizzazione Integrata Ambientale) riesaminata; l'impresa rispettasse le prescrizioni dell'A.I.A.; a fronte della concessione dell'autorizzazione, l'attività proseguisse per non più di 36 mesi.

*leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»*⁴⁵²

Pertanto, prosegue la Corte, *«la ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso»*. Orbene, com’è stato rilevato da autorevole dottrina, la libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) qui non è presa in considerazione per espresso, ma si può per certo affermare che questa costituisca il vero “convitato di pietra” dell’accostamento proposto, dato che l’occupazione costituisce uno “strumento” o “effetto” della produzione.⁴⁵³ Segnatamente, a rigore, la stessa contrapposizione tra diritto alla salute e diritto al lavoro – secondo taluno – sarebbe ontologicamente errata: la Corte, infatti, sembra infatti intendere quest’ultimo, piuttosto che nella sua globalità, esclusivamente in un’accezione limitata al dato meramente quantitativo della “salvaguardia dei livelli occupazionali”.⁴⁵⁴

In ogni caso, osserva la Consulta, l’autorizzazione alla prosecuzione dell’attività produttiva – prevista dall’art. 1, c. 1°, del d.l. n. 207/2012 – è subordinata all’osservanza delle prescrizioni contenute nell’Autorizzazione integrata ambientale. Il provvedimento autorizzatorio racchiude in sé contributi tecnici e amministrativi, dovendo dare applicazione ai principi di *«prevenzione, precauzione, informazione e partecipazione»*; tramite esso il legislatore individua il *«punto di equilibrio in ordine alla accettabilità e gestione dei rischi»* che derivano dall’attività. Nel caso di specie, l’AIA riesaminata segna un punto di equilibrio nuovo rispetto a quello originario: la prosecuzione dell’attività, entro il limite temporale massimo di 36 mesi, è ritenuta sufficiente a rimuovere – mediante investimenti straordinari da parte dell’impresa – le cause dell’inquinamento ambientale e i conseguenti pericoli per la salute delle popolazioni.

⁴⁵² Corte cost., sent. n. 85 del 2013.

⁴⁵³ S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 109.

⁴⁵⁴ S. LAFORGIA, *Diritto al lavoro vs diritto alla salute? Il lavoro è sicuro o non è*, in *Riv. giur. Lav. e prev. Soc.*, II, p. 133; V. SPEZIALE, *Il “diritto dei valori”, la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, p. 101 e s.

Insomma, la Corte sembra avvallare l'idea per la quale il compito di individuare un punto di equilibrio tra produzione e ambiente possa risolversi nella combinazione fra un atto amministrativo (A.I.A.) e una previsione legislativa (art. 1, c. 1°, d.l. 207/2012), in grado quindi di specificare l'area di "rischio lecito consentito" secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza. Convogliare l'attenzione sull'Aia riesaminata, significa assegnare a un provvedimento amministrativo una funzione essenziale sul *quomodo* della produzione e, nello specifico, sulla sua organizzazione: essa, infatti, rappresenta un provvedimento dinamico, che contiene un programma di progressiva riduzione delle emissioni, e che può esser accordato solo ove il gestore dell'impianto faccia luogo all'adozione delle migliori tecnologie disponibili.⁴⁵⁵

Tuttavia, di preminente interesse risulta la successiva sentenza n. 58/2018, avente ad oggetto la legittimità costituzionale del d.l. 92/2015, recante "misure urgenti per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale", il cui art. 3, c. 1° – al fine di garantire il «necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia», stabilisce che «l'esercizio dell'attività d'impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro». Se il rapporto fra le due sentenze sembrerebbe a prima vista di continuità sostanziale – ciò a partire dall'assunto secondo il quale «non può ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli occupazionali» – a ben vedere, dall'asserita opposizione tra salute e lavoro evocata nella sentenza di rigetto del 2013, si passa a quella tra salute e impresa. Ed è in questa sede che, pertanto, la Consulta riafferma l'idea per la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., l'attività d'impresa «si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Di qui, le motivazioni in ordine alle quali il "bilanciamento" operato dal legislatore del 2015 doveva ritenersi costituzionalmente illegittimo: anzitutto, in questo caso, la disciplina prevedeva la necessaria predisposizione unilaterale di un "piano di sicurezza", senza il coinvolgimento preventivo delle autorità pubbliche; in più, questo poteva essere predisposto fino al decorrere di un mese intero dopo l'adozione del provvedimento del sequestro; infine, le misure che ivi dovevano essere contenute erano descritte dalla legge in maniera generica, potendo consistere in attività anche di tipo provvisorio e dunque non strutturale. Ne consegue che:

⁴⁵⁵ S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza*, op. ult. cit., p. 110.

«il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso».

Insomma, la Corte sembra avvallare l'idea per la quale il compito di individuare un punto di equilibrio tra esigenze produttive e tutela della salute possa essere affidato alla combinazione fra disciplina legislativa e strumenti amministrativi di regolazione tecnica, quali l'Autorizzazione integrata ambientale. Convogliare l'attenzione su tale provvedimento significa attribuire a un atto amministrativo complesso una funzione essenziale nella conformazione delle modalità di esercizio dell'attività produttiva e, quindi, nella gestione dei rischi ad essa connessi. Non si tratta, beninteso, di una diretta delimitazione dell'area di rischio penalmente consentito⁴⁵⁶ – tema che attiene alla disciplina sostanziale della responsabilità – bensì della legittimazione di un modello nel quale il legislatore e l'amministrazione contribuiscono a definire *ex ante* – in accordo con l'operatore economico – le condizioni di esercizio della sua attività, a patto che queste siano informate a criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

4.4.4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, pare possibile trarre alcune conclusioni di carattere generale. L'interpretazione dell'art. 2087 c.c. tradizionalmente accolta dall'indirizzo c.d. normativo-deontico ha spesso visto nella disposizione la consacrazione di un bilanciamento “preconfezionato” tra i valori costituzionali coinvolti, nel senso di una prevalenza tendenzialmente assoluta dell'interesse alla sicurezza del lavoratore rispetto alle esigenze della produzione. Una simile lettura sembrò trovare un primo avallo nella giurisprudenza costituzionale, segnatamente nella sentenza n. 475 del 1988, nella quale la clausola prevenzionistica veniva valorizzata quale proiezione dell'obbligo di tutela derivante dagli artt. 32 e 41 Cost. Tuttavia, con la successiva sentenza n. 312 del 1996 il quadro interpretativo appare sensibilmente mutato: l'ingresso, accanto alle cautele tecniche, delle misure organizzative e procedurali – rispetto alle quali tendenzialmente difetta un sapere tecnico-scientifico univoco e consolidato – induce la Corte a valorizzare la nozione di “concreta attuabilità”, ancorando il

⁴⁵⁶ Le pronunzie della Consulta relative alla vicenda Ilva, difatti, come si è affermato, avevano ad oggetto provvedimenti emergenziali diretti a “superare” il fermo produttivo che sarebbe conseguito dall'applicazione dell'art. 321 c.p.p. – ovvero sia – di una norma a carattere eminentemente processuale.

rimprovero penale alla deviazione rispetto agli *standard* di sicurezza concretamente praticati nei diversi settori produttivi.

In una prospettiva non dissimile si colloca la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale – nella causa C-127/05 – ha ritenuto compatibile con la direttiva quadro 89/391/CEE la configurazione dell'obbligo di sicurezza datoriale nei limiti della “reasonable practicability”, chiarendo come esso non integri un'obbligazione di risultato volta ad eliminare ogni rischio, bensì un dovere di gestione del rischio improntato al principio di proporzionalità e ragionevolezza. Ne consegue che l'eventuale introduzione, anche nell'ordinamento italiano, di formule analoghe non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione, rientrando nella sfera di discrezionalità riconosciuta al legislatore nazionale nella conformazione degli obblighi prevenzionistici.

Indicazioni ulteriori provengono, infine, dalla più recente giurisprudenza costituzionale maturata in relazione alla vicenda ILVA, nella quale la Corte ha chiarito come nel sistema costituzionale non possano esistere “diritti tiranni”: tutti i valori costituzionalmente protetti – siano essi riconducibili alla sfera della persona ovvero a interessi di natura economica – devono essere posti in reciproco bilanciamento secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, in modo da preservarne il nucleo essenziale (Corte cost., sentt. nn. 85 del 2013 e 58 del 2018). Se la Corte, nella sentenza n. 58/2018, ha riconosciuto nella sicurezza e salute del lavoratore un “limite interno” alla libertà d'iniziativa economica privata, non ha tuttavia escluso che a quest'ultima possa riconoscersi il rango di diritto “fondamentale”: esso potrà – ed anzi dovrà – entrare in bilanciamento con i primi.

In relazione a quest'ultimo aspetto, esemplare fu l'argomentazione svolta nell'ordinanza emessa dal Tribunale di Taranto (ordinanza del 7 gennaio 2020), in funzione di Giudice dell'appello cautelare reale, con la quale venne concesso all'appellante – Ilva s.p.a., in amministrazione straordinaria – una ulteriore proroga della facoltà d'uso dell'altoforno 2, dopo che l'ordinanza del giudice monocratico, con provvedimento del 12 dicembre 2019, ne aveva disposto lo spegnimento.⁴⁵⁷ Nella ricostruzione giudiziale è interessante soffermarsi sul *quid*

⁴⁵⁷ La prima ordinanza rigettava l'istanza di proroga della facoltà d'uso dell'impianto Altoforno 2 condizionata all'adempimento delle prescrizioni impartite dalla Procura per la messa in sicurezza dell'impianto, in relazione al decreto di sequestro preventivo emesso dal G.i.p. per i reati di cui agli artt. 110, 437 co. 1° e 2° c.p. e 113 e 589 c.p. con decesso dell'operaio Morricella in data 12 giugno 2015. Il secondo provvedimento aveva disposto l'avvio delle procedure di spegnimento dell'altoforno 2 (cfr. C. RUGARIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in (a cura di) L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, op. cit., p. 149).

della prevenzione: secondo l'appellante, la negazione della proroga dell'altoforno 2, da parte del Giudice monocratico, avrebbe portato «*ad una valutazione di sostanziale inutilità degli adempimenti richiesti dalla Procura della Repubblica*» e la chiusura avrebbe condotto «*alle estreme conseguenze il principio di precauzione*». ⁴⁵⁸

Quest'affermazione, fa riflettere sul fatto che una estremizzazione della tutela anticipatoria sarebbe in grado di neutralizzare l'iniziativa economica: lo riconosce il Collegio, il quale – in sostanziale rigetto dell'approccio seguito dal Giudice cautelare di prime cure, incentrato sul fermo produttivo – accoglie un differente paradigma volto a valorizzare gli sforzi dell'ente appellante, diretti all'implementazione di misure organizzative che siano volte ad innalzare il grado di sicurezza degli impianti. Lo spegnimento di quello fra i tre altoforni «*che ha subito il più intenso processo di messa in sicurezza*», finirebbe per vanificare il sacrificio profuso con gli interventi di carattere prevenzionistico di cui lo stesso è stato oggetto. ⁴⁵⁹

In tale ultima prospettiva, emerge altresì un modello di regolazione della gestione del rischio che appare preferibile: un modello, cioè, nel quale la definizione delle condizioni di esercizio dell'attività produttiva e delle misure di contenimento del rischio è il risultato di un procedimento articolato, che coinvolge il legislatore nella definizione del quadro normativo, l'autorità amministrativa nella verifica della sua attuazione e lo stesso operatore economico nella predisposizione dei programmi di adeguamento. In tal modo, la determinazione degli *standard* di sicurezza e la delimitazione delle modalità di gestione del rischio industriale vengono ricondotte entro un sistema di regole previamente definito, concordato e controllabile, riducendo il pericolo che il giudizio sulla colpa si trasformi in una valutazione *ex post* priva di parametri oggettivi e, in definitiva, incompatibile con la funzione garantistica del principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 Cost.

È giunto il momento di ricollegare tali considerazioni alla disciplina settoriale relativa alla salute e sicurezza sul lavoro, per indagare il ruolo che l'autonormazione, *de iure condita*, può assumere nella sua esatta definizione.

⁴⁵⁸ I riferimenti sono tratti dall'Ord. del Trib. di Taranto del 7 gennaio 2020

⁴⁵⁹ S. BUOSO, ult. op. cit., p. 107.

4.5. La parabola della “codificazione” delle regole cautelari di colpa specifica nell’ambito della sicurezza sul lavoro e la persistente indeterminatezza delle stesse

4.5.1. Premessa

Come si è già avuto modo di approfondire, il settore della sicurezza e della salute sul lavoro ha conosciuto distinte “fasi”, connotate da diverse filosofie regolative di fondo: anzitutto, con la normativa tecnica degli anni ’50, si è assistito alla proliferazione delle regole cautelari rigide di fonte regolamentare, espressione di una polarizzazione verso la colpa specifica; successivamente, con l’avvento della “rivoluzione copernicana” operata dapprima dalle direttive comunitarie degli anni ’90 e, poi, dalla legislazione nazionale che le ha recepite (d.lgs. 626/1994 e, da ultimo, il vigente d.lgs. 81/2008), si è verificata la proliferazione di regole cautelari “elastiche” e, conseguentemente, una “riespansione” dell’ambito della colpa generica, solo in parte mitigata dal contestuale riconoscimento espresso di un’area di rischio lecito, ineliminabile e consentito, nonché dall’affermazione del paradigma autonormativo, sia di primo (DVR) che di secondo livello (M.O.G.).

Quest’ultima disciplina, oltre a richiedere l’adozione di regole cautelari proprie ed oggettive, ossia dirette alla neutralizzazione del pericolo attinente a luoghi ed ambienti di lavoro, ha infatti imposto anche l’adozione di cautele di tipo eminentemente organizzativo, “procedimentalizzando” il relativo dovere di diligenza: l’apparato cautelare oggi esigibile si compone di ben poche regole autenticamente cautelari, potendosi invece riscontrare una netta prevalenza di regole cd. “pre-cautelari”, “meta-organizzative” e di controllo. Segnatamente, come ha avuto modo di rilevare autorevole dottrina, *«sembra potersi affermare che nella fisionomia del tipo colposo la sovrapposizione di cautele di diversa vocazione ha sfumato progressivamente i contorni che separano la colpa generica dalla colpa specifica, dando origine a territori in cui l’agire conformativo preteso dall’agente oscilla, anche nell’ambito di un medesimo contesto di azione, tra regole scritte emergenti da fonti autonormate e il paradigma dell’agente modello che pure pare desumibile non più soltanto da norme esperienziali, ma anche da norme rintracciate sul piano dell’agire specialistico senza tuttavia raggiungere il grado di certezza e prescrittività richiesto dalla colpa specifica»*.⁴⁶⁰

Ecco, pertanto, che si ripropone il tema dell’indeterminatezza della colpa generica e tutte le criticità che affliggono la controversa figura dell’agente-modello. In questa prospettiva, il ruolo che l’autonormazione di primo livello (*in primis* il DVR) è in grado di giocare nella

⁴⁶⁰ S. B. TAVERRITI, *L’autocontrollo penale*, op. cit. p. 377

specificazione del precetto e, pertanto, nel “recupero” di quella dimensione di legalità-determinatezza che sembra essersi perduta – agli occhi di chi scrive – pare essere essenziale.

Se la norma cautelare (in generale) assume un assoluto rilievo nella definizione del tipo penale colposo, la sua specificazione sotto forma di cautele autonormate (in particolare), può senza alcun dubbio costituire il principale rimedio al *deficit* di determinatezza cui si espone fisiologicamente il tipo colposo.⁴⁶¹ Infatti, a fronte di una frustrazione della componente formale del principio di riserva di legge, si riscontrerebbe un potenziamento della garanzia liberale coincidente con la chiara conoscibilità *ex ante* del contenuto della norma incriminatrice, che pure è espressione del principio di legalità e dei suoi corollari.

Tuttavia, la dilatazione della colpa specifica (e la conseguente contrazione degli spazi riservati alla colpa generica) derivante dalla positivizzazione delle regole cautelari rischia di rivelarsi una “vana chimera”, se non sapientemente governata dalla regia della legge statutale, come ha indicato a chiare lettere la Consulta in relazione al caso Ilva. L’iper-normativizzazione proveniente da sistemi particolari può concorrere alla circoscrizione del tipo colposo solo a condizione che sia il legislatore, *ex ante* e in astratto (e non, invece, il giudice *ex post* e in concreto, nell’ambito del processo) a farsi carico dell’individuazione, nella caotica moltitudine di codici comportamentali che disciplinano i diversi settori della modernità, delle fonti preposte a dettare le regole cautelari specifiche per ciascun ambito. Diversamente, l’agente non sarebbe in grado di predeterminare l’assetto normativo a cui il suo comportamento deve conformarsi, mentre per il giudice non sarebbe comunque difficile rinvenire retrospettivamente una regola cautelare specifica che si attagli al caso d’ispecie.

Pertanto, il mero rinvio normativo “in bianco” ai sub-sistemi cautelari particolari autonormati non rimedierebbe alle ulteriori obiezioni che vengono sollevate nei confronti degli stessi: se l’imprenditore “autoregola” sé stesso – in assenza di adeguati controlli *ex ante* e in itinere, tanto in astratto (per tramite di chiare ed inequivocabili indicazioni del legislatore), quanto pure in concreto (tramite appositi meccanismi di “validazione” *ex ante*, di rilievo pubblicistico, in merito alla rispondenza dei prodotti autonormativi ai suddetti criteri; nonché di adeguati controlli amministrativi relativi alla loro concreta applicazione in itinere) – questa verrà inevitabilmente considerata con sospetto da parte dell’autorità giudiziaria in sede di

⁴⁶¹ R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 375: «C’è da credere che, come la signoria della legge era l’antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare fosse e sia tuttora l’antidoto più forte contro l’imponderabile soggettivismo del giudice e sia quindi una garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche».

accertamento della responsabilità penale, rimanendo così costantemente esposta al rischio di invalidazione giudiziale ex post. Ne consegue che, ciò finirebbe per avvallare l'idea secondo cui l'autopoiesi consti in un mero adempimento burocratico: un costo certo nell'oggi, a fronte di un beneficio assolutamente incerto nel domani.

Più nello specifico, come si è visto, la latitudine dell'obbligo autonormativo datoriale pare corrispondere a una notevole libertà autopoietica dell'organizzazione quanto a forme di rilevazione e valutazione di rischi, configurazione delle relative contro-misure cautelari e dei presidi procedurali ed organizzativi, esercizio del controllo e del potere sanzionatorio: il dato sembra esser confermato dall'art. 28 del T.U. – il cui 1° comma ribadisce che il *control and risk self-assessment* «*deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori*», mentre il 2° afferma che è espressamente rimessa al datore di lavoro la «*scelta dei criteri di redazione del documento [...] in modo da garantire la completezza e l'idoneità quale strumento operativo di pianificazione degli interventi aziendali e di prevenzione*» (lett. a), richiedendo «*l'indicazione delle misure di prevenzione e protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati*» a seguito della valutazione dei rischi, ma senza precisare tali “misure” e tali “dispositivi” (lett. b); analogamente, viene richiesta la formalizzazione del «*programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza*» (lett. c) e «*l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere*», senza tuttavia specificare né misure, né ruoli, né metodologia di elaborazione di programmi e procedure.

Insomma, il legislatore sembra rilasciare – appunto – una delega autonormativa praticamente “in bianco”, così rischiando: anzitutto, di scaricare sui datori un fardello che potrebbe rivelarsi insopportabile, in quanto richiedente ingenti investimenti per sostenere lo sforzo conoscitivo e implementativo connaturato ad un autonormazione “a tutto campo”; in secondo luogo – evitando di fornire criteri definiti per l'attuazione del potere-dovere d'autonormazione – renderebbe difficili e incerti eventuali controlli *ante factum*, con l'ulteriore conseguenza d'ingenerare una persistente incertezza sulla stessa idoneità prevenzionistica dei vari apparati autoregolativi; infine, questa vaghezza normativa renderebbe altamente incerto e

impronosticabile l'accertamento giudiziale, a fronte della verifica di eventi offensivi che il sistema autonormato avrebbe dovuto prevenire.⁴⁶²

Bisogna tuttavia osservare che, a mo' di compensazione, il decisore pubblico ha cosparso l'intera materia di una miriade di vincoli e prescrizioni, di varia fonte e natura, legislativi e ministeriali, formali e sostanziali, cautelari e cautelativi, modali, procedurali e contenutistici, i quali in taluni ambienti e rispetto a talune tipologie di rischio finiscono per comprimerne notevolmente la dimensione autonormativa.⁴⁶³

Già a livello di strumenti prevenzionistici generali il legislatore provvede a fissare dei contenuti e dei meccanismi di controllo minimi, spingendosi talvolta a dettagliare modalità di formazione e conservazione della documentazione di supporto. Ad esempio, l'art. 29 del T.U. prevede che: il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, il Medico Competente e il Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (ove previsti) debbano necessariamente essere consultati nella fase di *risk assessment* e di formulazione delle misure di prevenzione e protezione (c. 1° e 2°); il DVR e l'eventuale DUVRI siano custoditi presso l'unità produttiva cui si riferisce la valutazione dei rischi (c. 4°); consente alle imprese più piccole e meno esposte a rischio di effettuare l'attività di *risk assessment* avvalendosi di "procedure standardizzate" stilate dalla Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro (c. 5° e 6°); prevede la possibilità che con d.m. del Ministero del lavoro, sentito il parere della predetta Commissione, vengano individuati "strumenti informatizzati secondo il prototipo europeo OIRA (Online Interactive Risk Assessment) (c. 6 *quater*).

Quanto a quest'ultima disposizione, seppur essa sembri di primo acchito di scarso rilievo – anche in considerazione del fatto che ad oggi in Italia è stato approvato unicamente il *tool* per il settore "Lavoro d'ufficio e amministrazione"⁴⁶⁴ – essa in realtà è espressiva di una tendenza non solo nazionale, ma anche europea verso una crescente standardizzazione del *risk*

⁴⁶² D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. cit., p. 220.

⁴⁶³ V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti*, op. cit., p. 400 e s. – segnatamente, «L'impressione, che sembra emergere da un'analisi del sistema normativo sulla sicurezza del lavoro, è quella di una "truffa delle etichette", ove la filosofia di fondo, pur apparentemente aderente ad un modello normativo decentralizzato, è sempre ispirata ad un sistema coercitivo di *command and control*, poco flessibile e legato a forme di controllo pubblicistico, centralizzato e alle volte ridondante, anziché di prediligere strategie regolative complesse ed articolate su strumenti promozionali, misure finanziarie, incentivi in modo da favorire una volontaria adesione ad un programma di sicurezza de lineato in una duttile cornice pubblicistica» (p. 404).

⁴⁶⁴ E' la versione aggiornata al 18 marzo 2020.

management, segnatamente per quel che concerne la sua automazione tramite strumenti informatici.⁴⁶⁵

In relazione poi a rischi particolarmente elevati quanto a magnitudine (ad es. di incendio, caduta in relazione a lavori in quota etc.), l'ordinamento statale si è profuso in un reticolo di minute disposizioni chiaramente funzionale a vincolare il più possibile l'attività autoregolativa, in una certa misura "annullandola".⁴⁶⁶

In ogni caso, non è revocabile in dubbio che – come si è poc'anzi accennato – la materia della salute e sicurezza sul lavoro rimanga il regno della cd. "colpa protocollare": il datore di lavoro, quale garante "polivalente", è pur sempre tenuto a contemplare ogni possibile profilo di rischio e a forgiare le regole cautelari che consentono di ridurlo al minimo, nonché le norme organizzative, procedurali e sanzionatorie che assicurano il buon funzionamento dei presidi cautelari. Laddove egli dovesse venir meno a tale obbligo pervasivo, si esporrebbe così – oltre che ad un addebito contravvenzionale e amministrativo – a responsabilità (civile e penale) per gli eventi lesivi che rappresentano la concretizzazione dei rischi ignorati o malamente regolati. Con la complicazione ulteriore costituita dalla possibile emersione di numerose "isole di eteronormazione", abbisognevoli tuttavia di essere talora loro volta "rafforzate" da cautele autonormate: vuoi sul piano della predisposizione di canali info-formativi, vuoi in relazione all'allestimento di adeguati meccanismi di monitoraggio o disciplinari, vuoi infine sul piano del loro "aggiornamento" in quanto superate dal progresso tecnico-scientifico.

In definitiva, qui «*la delega autonormativa rischia di essere un "frutto avvelenato", apre ad una sconfinata libertà autoregolativa ma su di un terreno minato da un'infinità di minute prescrizioni etero-normate, sotto la cappa di un controllo giudiziale ex post che sembra godere di un potere incondizionato nell'apprezzamento dell'assolvimento del totalizzante obbligo autoregolativo*»⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Si consideri che in Belgio, ad esempio, tali strumenti sono arrivati a 24 nel novembre del 2020; in Bulgaria sono addirittura 41; a livello eurounitario sono 16 (cfr. D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. cit., p. 220).

⁴⁶⁶ Si considerino le numerosissime norme disseminate nel T.U. in relazione alle specifiche attività contenute nei Titoli successivi al secondo: ad es. – rispetto ai "lavori in quota" – basti il riferimento agli oltre 50 articoli del T.U. ex artt. 104 e ss.; senza contare Allegati e fonti subordinate.

⁴⁶⁷ D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. cit., p. 221-222.

4.5.2. Un possibile rimedio: la “giuridificazione” della regola cautelare tramite individuazione legislativa di fonti “qualificate” meta-autonormative ed il contestuale rafforzamento dei meccanismi di cooperazione in concreto

In questo senso, autorevole dottrina evidenzia, quali utili suggestioni per valorizzare la funzione di orientamento comportamentale in senso general-preventivo positivo e di tassativizzazione del tipo colposo che l'autonormazione potrebbe realizzare, l'implementazione di un modello di “*meta-regulation*” qualificata (non dissimile da quanto si sia previsto nell'ambito della colpa medica), che sia tale da:⁴⁶⁸

- A) Selezionare gli attori sociali ritenuti più idonei a rivestire il ruolo di normatori cautelari particolari, in virtù delle caratteristiche soggettive possedute dal sub-sistema (riserva di organo);
- B) Fissare i profili assiologici e teleologici cui la fonte autonormata deve tendere, individuando – eventualmente – gli snodi procedurali ritenuti necessari (riserva di procedimento);
- C) Stimolare la costante revisione e il conseguente aggiornamento delle fonti, in modo che queste producano regole che riflettano le più avanzate acquisizioni tecnico-scientifiche applicabili al settore di appartenenza (riserva di contenuto/risultato);
- D) Al fine di porre rimedio (seppur parzialmente) al *deficit* di legittimazione democratica, che spesso si rimprovera alle fonti autonormate, prescrivere un *iter* di approvazione della fonte autonormata che contempli una fase di confronto dialettico con gli *stakeholder* interessati dall'agire sociale di quel sub-sistema.

Si tratta di un modello in una certa misura timidamente stimolato – per lo meno a livello normativo-astratto – nell'ambito delle disposizioni contemplate dal T.U., ma per lo più scarsamente valorizzato nella prassi.

Più nello specifico, pare evidente che non si siano previsti e resi operativi meccanismi di selezione di “fonti autonormative” qualificate. A differenza di quanto, infatti, si è realizzato nell'ambito della colpa medica, non sono stati previsti degli organi (eventualmente espressione del corpo sociale di riferimento), in grado di produrre delle linee-guida giuridicamente rilevanti, con efficacia tendenzialmente esonerante (sul modello, quindi, *ex art. 590-sexies c.p.*).

4.5.2.1. La scarsa valorizzazione giuridica del *soft-law* nel contesto del vigente T.U.

Tuttavia, non mancano rinvii alla disciplina cautelare positiva anche nell'ambito del T.U.: il riferimento va anzitutto alle “norme tecniche”, alle “buone prassi” ed alle “linee-guida” definite all'art. 2, c. 1°, rispettivamente dalle lett. u), v) e z): le prime, vengono definite quali specifiche tecniche, approvate e pubblicate da un'organizzazione internazionale, da un

⁴⁶⁸ S. B. TAVERITI, *L'autocontrollo penale*, op. cit., p. 382.

organismo europeo o da un organismo nazionale di normalizzazione, la cui osservanza non sia obbligatoria; le seconde, invece, vengono definite quali soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, nonché elaborate e raccolte da vari soggetti istituzionali (Regioni, ISPESL, INAIL, gli organismi paritetici di cui all'art. 51 T.U.) e validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6 del T.U.; le “linee-guida”, infine, constano in atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza, elaborate – al pari delle “buone prassi” – da soggetti qualificati (Ministeri, regioni, ISPESL e INAIL), nonché approvate in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

In questo contesto, assume un ruolo centrale la “Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro” – prevista dall'art. 6 del T.U. – la quale ha, per quel che qui più ci interessa, il compito di: “validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro”; definire le “procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi” per le piccole e medie imprese, provvedendo anche al “monitoraggio dell'applicazione delle suddette procedure al fine di un'eventuale rielaborazione delle medesime”; di “indicare i modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini di cui all'art. 30” del T.U., provvedendo anche in questo caso a monitorare ed eventualmente rielaborare “le suddette procedure, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto con il quale sono stati recepiti i modelli semplificati”; di elaborare le procedure standardizzate per la redazione del DUVRI *ex* art. 26 T.U. (Documento unificato di valutazione dei rischi interferenziali) nonché di fornire le indicazioni necessarie alla valutazione del rischio da *stress* lavoro-correlato.

La Commissione, insomma, pare possedere un ruolo particolarmente rilevante nella guida alle imprese, specie per quelle meno complesse o sfornite di mezzi finanziari ingenti, soprattutto per quel che concerne il delicato compito di auto-analisi del rischio e nella conseguente strutturazione dei sistemi di prevenzione e di controllo. La sua composizione “trilaterale” – ricomprensente rappresentanti delle pubbliche istituzioni (ministeriali e regionali), delle parti sociali (esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e da quelle datoriali, oltre che un rappresentante dell'A.N.M.I.L.) e tre esperti “indipendenti” in medicina del lavoro, igiene e impiantistica industriale – sembra inoltre evidenziare, seppur parzialmente, una natura autonormativa collettiva. Tuttavia, com'è stato rilevato da autorevole dottrina, detto organo – oltre ad esibire una certa “verticalità” rispetto ai destinatari concreti

delle sue direttive⁴⁶⁹ – riesce a fornire un supporto limitato alla effettiva dinamica autoregolativa;⁴⁷⁰ senza contare che la totale gratuità dell’incarico dei commissari non può che sminuire l’intensità e la portata dell’azione dei Commissari.⁴⁷¹

Per quel che concerne, poi, la capacità effettiva di buone prassi (validate) e linee-guida ad orientare effettivamente il datore di lavoro nella predisposizione delle misure, e dunque, a perimetrare in maniera più netta l’area del dovere di diligenza da egli esigibile, essa sembra essere piuttosto scarsa: i riferimenti al *soft-law* – in ragione del carattere di facoltatività che lo caratterizza, enunciato *expressis verbis* dalle summenzionate definizioni – sembrano costituire più delle “clausole di stile”, piuttosto che richiami diretti ad attribuirvi un vero e proprio rilievo giuridico. Ciò sebbene – con specifico riferimento all’adozione di “buone prassi” ovvero di “codici di condotta” – il T.U. preveda delle “sanzioni premiali”, di cui all’art. 11 dello stesso TUSL.⁴⁷² Inoltre, per quel che concerne specificamente le “buone prassi” (uniche ad essere approvate dalla Commissione permanente), il numero delle stesse è particolarmente esiguo e settorializzato: tenendo conto dei repertori consultabili presso il sito del Ministero del lavoro, esse sembrano essere raccolte in sole 45 voci – principalmente risalenti ad un periodo precedente al 2013.⁴⁷³

Per di più, prendendo in considerazione gli istituti previsti dal T.U. diretti ad ottenere una “convalida” sostanziale dell’attività di valutazione e gestione del rischio lavorativo in azienda, questa è conseguibile con esclusivo riferimento ai “modelli di organizzazione e

⁴⁶⁹ V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti*, op. cit., p. 365

⁴⁷⁰ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. cit., p. 225.

⁴⁷¹ Viene infatti da chiedersi se l’obiettivo del legislatore di promuovere una cultura della sicurezza possa dirsi coerente con la scelta di escludere qualsiasi impegno di spesa per l’attività degli organi istituzionali (sia la Commissione ex art. 6; ma pure il Comitato di cui all’art. 5 del T.U.) istituiti dal Decreto 81/2008. Questa scelta, di rendere operativi nuovi enti di politica e di controllo a costo zero, come minimo, suscita qualche dubbio. (cfr: V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti*, op. cit., p. 367).

⁴⁷² V. TORRE, op. ult. cit., p. 402.

⁴⁷³ L’elenco è consultabile presso la pagina *internet* del Ministero del Lavoro, <https://www.lavoro.gov.it>. Ovviamente, non si tratta dell’unico repertorio in materia, dacché INAIL (specialmente per quel che concerne il *repository* adottato ex art. 28, c. 3-ter T.U., istituito con Determinazione INAIL n. 49/2020 ed attuato con circolare n. 18/2023) ne ha raccolto un numero decisamente più significativo, ma tuttavia la normativa di *soft-law* ivi contenuta si caratterizza per essere particolarmente ampia e molte di esse non risultano nemmeno validate dalla Commissione. Di talché, rispetto alle buone prassi validate, sembrano molto più utili e significativi gli apporti costituiti dalle norme tecniche e dalle linee-guida, nonché delle “buone prassi” non validate. La mancata “giuridificazione” delle stesse (tramite loro approvazione) non può che produrre ulteriore incertezza in merito alla validità delle indicazioni da queste fornite. (cfr: S. BATTISTELLI, *Hard law e soft law alla prova della sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *DSL*, 2, 2019, p. 52 e s.)

gestione” di cui all’art. 30 T.U., ma non invece direttamente per quel che concerne l’autonormazione di primo livello (DVR *in primis*).

Segnatamente – all’art. 30, comma 5° del T.U. – si prevede la possibilità, in via di prima applicazione, di adottare modelli di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) in attuazione delle linee-guida espresse dalla Commissione consultiva permanente e recepite dal Ministero del Lavoro, i quali “si presumono conformi” ai requisiti di cui al medesimo articolo per “le parti corrispondenti”. Si tratta di una “presunzione” relativa, circoscritta temporalmente (l’oscura fase di “prima applicazione”) e contenutisticamente (solo “per le parti corrispondenti” agli strumenti prevenzionistici volontari), ma certamente significativa: l’adozione del British Standard (ora evolutosi nella norma tecnica ISO 45001:2024) può essere certificata da un ente terzo tecnicamente competente; mentre i commi 3-*bis* e 3-*ter* dell’art. 51 del T.U. (introdotti dal “correttivo” operato dal d.lgs. 106/2009), ora prevedono la possibilità che le “commissioni paritetiche, tecnicamente competenti”, istituite presso gli “organismi paritetici” (enti bilaterali costituiti a livello territoriale su iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale), nello svolgimento di attività di supporto alle imprese “nell’individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro” (c. 3° dell’art. 51 del T.U.), su richiesta delle imprese stesse, rilascino “l’asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all’articolo 30, della quale gli organi di vigilanza possono [ma non devono!] tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività” (art. 51, comma 3-*bis* T.U.).⁴⁷⁴

Fermo restando che l’operatività del meccanismo dell’asseverazione del modello – a cui sopra si è accennato – è scarsissimamente ricorrente nella prassi,⁴⁷⁵ e che fino al 2022 non esisteva nemmeno un elenco ufficiale degli organismi accreditati, con la conseguente patologica proliferazione di organismi “pirata”, ossia enti paritetici non realmente rappresentativi che sovente rilasciavano (a pagamento) attestazioni e asseverazioni senza possedere i requisiti indicati dall’art. 51 del T.U.,⁴⁷⁶ occorre ribadire che – in ogni caso –

⁴⁷⁴ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. ult. cit., p. 227-226.

⁴⁷⁵ Si consideri che l’asseverazione – operata dagli organismi paritetici di cui all’art. 51 del T.U. – attiene esclusivamente al ristretto settore delle costruzioni edili e dei servizi ambientali territoriali. (D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. ult. cit., p. 228).

⁴⁷⁶ Il Repertorio nazionale degli organismi paritetici è stato infatti per la prima volta istituito con D.M. 11 ottobre 2022, n. 171, presso il Ministero del lavoro.

l'asseverazione/certificazione attiene in via esclusiva ai SGSL e ai M.O.G, ma non invece alla normazione cautelare primaria (in primis D.V.R. e D.U.V.R.I.). Ne consegue che, a ben vedere, certificazioni e asseverazioni non sono suscettibili di incidere, se non solo indirettamente, sullo scrutinio operato dalle autorità di vigilanza (sia giurisdizionale che amministrativa) – poiché esso non può che avere ad oggetto precipuo le singole norme cautelari specifiche, individuate e seguite dalla impresa esaminata. In ogni caso – seppur il Modello di organizzazione e controllo non coincida con i documenti di sicurezza obbligatori – occorre ribadire come vi siano plurimi punti di contatto fra le due discipline, specialmente per quel che attiene le “misure organizzative e procedurali” che possono dar luogo – come si è visto – ad addebiti per colpa in vigilando o in eligendo nei confronti del datore di lavoro. Di talchè, una certa rilevanza, in tal senso intesa, non può essere del tutto esclusa.

4.5.3. La paradigmatica esperienza dei protocolli condivisi nell'ambito dell'emergenza pandemica

Molto più significativa e paradigmatica è stata – per converso – l'esperienza maturata in relazione ai cd. “protocolli condivisi” adottati durante la crisi pandemica. Più in particolare, in tal contesto si è venuto ad ingenerare un lodevole processo normativo multilaterale, da cui è derivato un quadro di cautele-tipo anti-contagio effettivamente capace di guidare l'attività autoregolativa delle imprese, in un contesto fruttuosamente dialogico. Segnatamente – ai sensi dell'art. 1, comma 1°, n. 9 del D.P.C.M. 11 marzo 2020 – il Governo ha “invitato” le parti sociali a stilare un “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del *virus* Covid-19 negli ambienti di lavoro” e si è formalmente impegnato a favorirne la piena attuazione, “per quanto di sua competenza”.

Il primo “Protocollo” è stato sottoscritto il 14 marzo 2020 e – alla luce del principio di precauzione, delle regole generali primarie e delle indicazioni dell'Autorità sanitaria – ha fornito una fondamentale traccia operativa per la gestione del rischio biologico infettivo, chiara e facilmente attuabile, in tutte le imprese al tempo autorizzate alla prosecuzione dell'attività aziendale.⁴⁷⁷ Si trattò, pertanto, di un importante esperimento di autonormazione collettiva bilaterale, sotto l'egida governativa, che ha effettivamente agevolato le singole organizzazioni imprenditoriali nella propria autoregolamentazione prevenzionistica del rischio coronavirus, peraltro salvaguardando il diritto-dovere di “integrare [le misure precauzionali] con altre

⁴⁷⁷ V. S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustiziainsieme*, 3 maggio 2020.

equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali”.⁴⁷⁸

Con il graduale incremento delle attività produttive autorizzate alla ripresa, il Protocollo è stato poi specificato da vari protocolli settoriali bilaterali⁴⁷⁹ e – in data 24 aprile 2020 – è stato integrato a livello generale, secondo le medesime modalità deliberative del primo atto autonormativo.⁴⁸⁰

Ciò che tuttavia assume maggior rilievo, è stata l'introduzione dell'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020 (convertito con modificazioni nella l. n. 40/2020), a mente del quale «*i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*».

per tramite di tali previsioni, il legislatore – con l'intento di “rassicurare” l'operatore economico a fronte di una diffusa incertezza in merito alla riconducibilità o meno del cd. “rischio pandemico” alla categoria del “rischio lavorativo”⁴⁸¹ – ha “sussunto” la produzione

⁴⁷⁸ V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in (a cura di) A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell'ente*, Jovene, 2014, p. 55.

⁴⁷⁹ Si vedano, ad esempio, il Protocollo del settore edile del 24 marzo 2020 o quello del settore Moda del 15 aprile 2020.

⁴⁸⁰ Il Protocollo condiviso è stato poi aggiornato in data 6 aprile 2021.

⁴⁸¹ Si tratterebbe – infatti – di un rischio cd. “esogeno”. Si è detto (cfr. *supra*) che, affinché si possa parlare di rischio “lavorativo”, è necessario che questo attenga anzitutto alle attività lavorative, attingendo lavoratori o soggetti che si trovino in posizione equiparabile. Il “rischio da Covid-19”, per converso, troverebbe la propria fonte all'esterno dell'organizzazione datoriale: si tratterebbe, cioè, di un rischio originariamente generico, derivante dalla circolazione sociale del virus. Muovendo da tale premessa, una parte della dottrina ha osservato come esso non potesse essere automaticamente ricondotto alla sfera dei rischi governati dall'impresa e, pertanto, non potesse di per sé fondare una responsabilità datoriale. (cfr. in tal senso C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: profili penalistici*, in *Sistema Penale*, 2020). Tuttavia, non è mancato chi ha in ogni caso sottolineato come un rischio originariamente “esogeno” e “generico” possa divenire “lavorativo” laddove – in ragione dello svolgimento di attività lavorativa – questo venga “aggravato” dalla stessa

giuridica frutto d'autonomia collettiva, elevandola esplicitamente a parametro oggettivo di valutazione della diligenza del datore di lavoro nell'espletamento dei suoi doveri di protezione della salute dei lavoratori.

Tuttavia, anche in riferimento ai summenzionati interventi, non sono mancati rilievi diretti ad evidenziarne le criticità. In primo luogo, a differenza di quanto non sia stato previsto in relazione alla responsabilità medica, non si sono introdotti dei veri e propri “scudi penali” a favore dei datori di lavoro rispetto alle forme di inosservanza più lieve. Se, infatti, l'art. 3-*bis* del d.l. n. 44/2021 (introdotto in sede di conversione della l. n. 76/2021), rubricato “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2*”, ha disposto che «*durante lo stato di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2 [...] i fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave*»; analoghe previsioni in termini di esclusione di responsabilità – per colpa non grave o lieve – in riferimento ai “garanti” del sistema prevenzionistico, non sono mai state previste.⁴⁸²

Inoltre – com'è stato ampiamente rilevato in dottrina – i margini di incertezza “residuale” derivante dall'elasticità di molte delle norme contenute nei protocolli, forse ne hanno pregiudicato la funzionalità, specialmente se si tiene conto del fatto che la stessa disciplina positiva non esclude il dovere di adeguamento delle misure alle specificità di ciascuna attività.⁴⁸³

Ciò detto, è altresì indubbio che si sia spinta la responsabilità datoriale (anche) penale verso il regno della colpa specifica, riconoscendo pienamente il valore giuridico delle fonti autonormative, e contribuendo (anche se non del tutto) ad eradicare le incertezze che avrebbero potuto spingere gli operatori economici a rinunciare alla riapertura delle proprie attività, con

(cfr. F. BRIZZI, *COVID e scudo penale per le imprese: ragioni per escluderne la ragionevolezza*, in *IUS Penale*, Giuffè, 19 giugno 2020).

⁴⁸² Sul tema cfr. P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sistema Penale*, 23 febbraio 2024.

⁴⁸³ In tal senso, particolarmente scettici in merito all'effettiva capacità di vincolare il sindacato giurisdizionale sulla colpa datoriale dell'art. 29-*bis* cit. cfr. O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2020; M.M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2020.

tutti i conseguenti pregiudizi relativi alla perdita di posti di lavoro e di flessione dell'economia nazionale.⁴⁸⁴

4.5.4. Il modello statunitense di “cooperazione in concreto”

Alzando la prospettiva d'indagine ad un livello comparatistico, può ravvisarsi nell'Ordinamento Nord-americano un esempio in tal senso particolarmente virtuoso, specie per quel che concerne la “giuridificazione” delle cautele autonormate di colpa specifica. Infatti, a differenza dell'approccio “autonormativo” all'italiana, nell'ambito dell'Ordinamento statunitense gli strumenti cooperativi sono ritenuti essenzialmente in grado di eliminare – o, comunque, di ridurre sensibilmente – la distanza tra decisore pubblico e delegato privato: qui, l'organismo federale *Occupational Safety and Health Administration* (O.S.H.A.), da un lato, coordina un'imponente attività di normazione secondaria secondo i canoni di un genuino multilateralismo e, dall'altro, affianca programmi di cooperazione a vasto raggio a strumenti di assistenza e supporto per le imprese minori.⁴⁸⁵

Più nello specifico, con riguardo al primo aspetto, se è indubbio che il processo di formazione degli *Occupational Safety and Health Standards* – che possono tradursi anche in norme cautelari estremamente dettagliate – fa capo al *Secretary of Labor*, ossia al vertice dell'amministrazione federale, è altrettanto indubbio che tutte le fasi del complesso *Rulemaking Process* sono contraddistinte dalla pubblicità e da un costante confronto con tutti gli *stakeholders*.⁴⁸⁶ Tuttavia, dev'essere pure sottolineato come, dopo il primo decennio di attività

⁴⁸⁴ Con tanto di sanzione (amministrativa ma assai incisiva) della mera inosservanza dei protocolli auto-regolativi: ai sensi dell'art. 1, comma 15, d.l. n. 33/2020 il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli e delle linee-guida regionali o, in assenza, nazionali “determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza”.

⁴⁸⁵ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. ult. cit., p. 230.

⁴⁸⁶ Se l'*OSH act* del 1971 prevede che i luoghi di lavoro forniti dai datori di lavoro siano «*free from recognized hazards that are causing or are likely to cause death or serious physical harm to his employees*», e già in questo senso si manifesta una significativa differenza rispetto al modello Europeo (che impone la rimozione di “tutti i rischi per i lavoratori”), occorre evidenziare come i criteri che deve seguire l'OSHA nell'emanazione degli *standards* prevedono che il *Secretary of Labor* compia un preventivo accertamento costi-benefici nell'individuazione dei nuovi *standards* precauzionali, seppur a livello macroeconomico (cfr. I.L. FREITHANS, *Corporate Compliance: Designing an Effective OSHA Compliance Program*, Clark Boardman Callaghan, 1993, p. 29). Come rilevato da V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti*, op. cit., p. 275 e 290, «*Al di là del forte valore simbolico dei proclami del legislatore federale, la realtà normativa, law in facts, sembra, quindi, realizzare una situazione diversa dalla law in books. Se la normativa federale preclude qualsiasi bilanciamento fra sicurezza del luogo di lavoro e i costi della prevenzione, di fatto, la pesante de-regulation e il massiccio ingresso dell'autodisciplina in settori di public welfare State consentono, nell'ambito della regolamentazione privata e degli standard tecnici, un ampio spazio per questo tipo di valutazione, efficientista e meramente orientata alla massimizzazione dei profitti. [...] il contenuto degli standards – contrariamente allo spirito che ha animato la riforma – deve, quindi, ispirarsi ad un'analisi costi-benefici delle precauzioni che vengono prescritte. Ciò, astrattamente, non implica un giudizio di fattibilità economica, ma solo una valutazione di tipo tecnico*».

– dal 1970 ai primi anni '80 – l'O.S.H.A. abbia significativamente rallentato il ritmo di produzione degli *standards*, sia per la farraginosità del processo normativo, sia per la carenza di risorse.⁴⁸⁷

Maggiore interesse suscita, ai nostri fini, l'aspetto relativo alla “cooperazione in concreto” incentivata dal sistema americano, la quale si traduce in un accompagnamento delle singole imprese da parte dell'agenzia regolatoria durante le fasi di progettazione e di collaudo delle regole prevenzionistiche autonormate.⁴⁸⁸ Appare apprezzabile l'intento di offrire alle imprese un ausilio fattivo sul piano dell'informazione, della formazione, dell'analisi dei rischi specifici e dell'elaborazione delle necessarie cautele: ad esempio, l'*On-Site Consultation Program* mette a disposizione degli “*small business owners*” servizi gratuiti di consulenza per condurre la cruciale attività di valutazione dei rischi e per migliorare le misure di sicurezza già adottate, con la garanzia che la “richiesta di aiuto” non si traduca in procedure sanzionatorie.⁴⁸⁹

Più in generale, i *Cooperative Programs* mirano a rafforzare il dialogo tra il Governo e le parti sociali, sia a livello associativo, sia a livello delle singole realtà aziendali, giungendo a stimolare la volontaria sottoposizione delle imprese a controlli preventivi dell'O.S.H.A., i quali – sempre con la garanzia dell'improcedibilità delle infrazioni eventualmente riscontrate – sono volti non già a sanzionare, bensì a testare, integrare e, se del caso, correggere i sistemi di gestione della sicurezza e della salute sul lavoro concretamente approntati. In questa prospettiva, appare particolarmente significativo il *Voluntary Protection Program*, che – pur rispettando la libertà organizzativa (autonormativa) dell'impresa – verifica in concreto la capacità prevenzionistica dei presidi cautelari e cautelativi da questa elaborati, coinvolgendo

Insomma, se è certo che la procedura tramite la quale questi vengono adottati è improntata a criteri di “democraticizzazione”, in fin dei conti, molto spesso sono le esigenze efficientiste a prevalere; per di più, laddove gli *standards* adottati non rispondano ai criteri fissati dalla legge, è possibile agire in giudizio per ottenere una revisione giudiziale degli stessi. Nel *leading case*, generalmente conosciuto come *Benzene case* (*Benzene Case, Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 100 S.Ct. 2844, 65 L. Ed. 2d 1010 (1980)), sono stati specificati i già menzionati criteri a cui il *Secretary of Labour* si deve attenere, fra i quali spiccano: I) la verifica preventiva di una prevalenza dei benefici sui costi (economici) che lo *standard* comporta; II) in rischio rispetto ai quali gli *standard* intervengono, dev'essere significativo: il datore di lavoro non è infatti tenuto a provvedere ad un luogo di lavoro libero da rischi, ma deve eliminare, per quanto possibile, i rischi significativi di danno.

⁴⁸⁷ D. BIANCHI, op. ult. cit., p. 231.

⁴⁸⁸ Intento che tuttavia, come accade anche nell'Ordinamento italiano, è scarsamente supportato dallo stanziamento di fondi pubblici, i quali – come segnalato dalla dottrina d'oltreoceano – sembrano non essere assolutamente adeguati ad assicurare la piena operatività dei meccanismi sopra descritti, pregiudicandone nei fatti l'operatività. (cfr. D. MICHAELS – J. BARAB, *The Occupational Safety and Health act at 50: Introduction of the Special Section*, in *AJPH*, 2020, p. 81.

⁴⁸⁹ D. BIANCHI, *ibidem*.

nella loro valutazione e implementazione anche sindacati e lavoratori; il risultato positivo del percorso collaborativo è, sul piano sostanziale, un incremento dei livelli di sicurezza e, sul piano strettamente giuridico, la sostanziale esenzione da future ispezioni programmate dell'O.S.H.A. Si consideri, peraltro, che all'attività dell'O.S.H.A. si affianca quella del *National Institute for Occupational Safety and Health* (N.I.O.S.H.), sia come fonte di regole cautelari – sotto forma di *Recommendations* – sia come supporto concreto alle piccole imprese.⁴⁹⁰

Occorre tuttavia evitare sopravvalutazioni. I programmi cooperativi statunitensi non equivalgono a una immunità sostanziale né eliminano, da soli, il rischio di responsabilità. Essi offrono piuttosto un modello di razionalizzazione ex ante della prevenzione, la cui efficacia dipende dalla qualità dei controlli, dalle risorse dell'OSHA, dalla trasparenza delle procedure e dalla capacità di distinguere la collaborazione genuina dalle mere apparenze di compliance. La stessa dottrina segnala, infatti, tanto la selettività dell'enforcement penale quanto i limiti strutturali di un sistema che spesso preferisce la via civile o amministrativa e soffre di cronica scarsità di risorse.⁴⁹¹

Pertanto, pur con tutti i limiti che un siffatto modello comunque presenta, esso offre spunti interessanti che potrebbero suggerire interventi diretti ad ancorare il rimprovero a parametri più certi (anche e soprattutto per quel che concerne i costi esigibili), nonché in grado di “rassicurare” – tramite la previsione di istituti simili al nord-americano V.P.P. – in merito alla genuinità delle misure adottate in azienda: meccanismi che, se non del tutto assenti, risultano – fatta eccezione per l'esperienza dei protocolli condivisi – scarsissimamente valorizzati nel nostro Ordinamento.

4.6. L'iper-oggettivizzazione e la conseguente tendenziale oblitterazione della “dimensione soggettiva” della colpa datoriale

Come si è avuto modo di argomentare, il diritto penale del lavoro è il terreno elettivo di quelle che vengono spesso denominate “pseudocolpe”, ossia forme ibride rispetto alla tradizionale distinzione tra colpa generica e colpa specifica, modellate sulla natura e sulla struttura dei doveri cautelari violati. Si suole distinguere, in particolare, tra colpa procedurale, quando l'inosservanza investe sequenze di atti preventivi; colpa organizzativa, quando il difetto

⁴⁹⁰ J. HOWARD, F. HEARL, *Occupational safety and Health in the USA: Now and the Future*, in *Industrial Health*, 2012, p. 81 e s.

⁴⁹¹ V. TORRE, La privatizzazione delle fonti di diritto penale, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, III*, Giuffrè, Milano, 2022, spec. p. 319, 367 e 400 ss.

riguarda la prevenzione mediante organizzazione; e colpa protocollare, quando vengono in rilievo norme tecniche, linee guida, buone prassi o protocolli a contenuto cautelare. La classificazione è utile sul piano descrittivo, ma non deve far perdere di vista il punto decisivo: nessuna di queste figure autorizza scorciatoie probatorie o automatismi d'addebito.⁴⁹²

Un comune denominatore di queste forme di responsabilità colposa è la tensione che esse presentano rispetto alla componente più autenticamente “soggettiva della colpa”, coincidente – secondo la più recente dottrina in materia, anche se il dibattito è ancora aperto – con il principio di “esigibilità” e “rimproverabilità” in concreto della “condotta alternativa lecita”. Si è detto, infatti, che la moderna concezione di “colpa penale” ha natura eminentemente “normativa” – ovvero – il giudizio d'imputazione colposa s'incentra quasi del tutto sulla violazione (oggettiva) da parte dell'agente concreto di una regola cautelare. Tuttavia, secondo le ricostruzioni dogmatiche più recenti, ciò non può bastare: occorre pure che, nelle circostanze concrete in cui l'agente-persona fisica si sia trovato ad agire, egli potesse effettivamente conformarsi alla cautela da egli oggettivamente esigibile (in astratto).⁴⁹³

Anche quando la colpa assume una morfologia procedurale, organizzativa o protocollare, resta necessario individuare la specifica regola cautelare concretamente violata, il rischio che essa mirava a governare e la sua effettiva esigibilità in capo al garante-persona fisica. Diversamente, la tipizzazione della colpa tende a confondersi con la mera posizione ricoperta

⁴⁹² D. CASTRONUOVO, Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, spec. p. 218 ss. e 235 ss.

⁴⁹³ Si tratta, infatti, di una conclusione obbligata in ragione dell'interpretazione “estensiva” che la Consulta ha fornito dell'art. 27 Cost. nella già citata sentenza n. 364 del 1988 – ovverosia: il fatto imputato non dev'essere solo “proprio” (ossia condizionalisticamente determinato dalla condotta attiva od omissiva dell'agente); ma bensì pure “colpevole”, ovverosia la responsabilità penale è “personale” (art. 27 c. 1° Cost.) se ed in quanto l'identificazione dei suoi presupposti assume l'agente non quale semplice fattore causale “cieco”, ma bensì quale essere capace di orientare le proprie scelte secondo criteri di valore e di governare razionalmente i propri atteggiamenti esteriori. Più nello specifico, in accordo alla più recente impostazione relativa alla cd. “concezione normativa della colpevolezza”, essa si configura quale “contrasto tra il divieto o il comando penale e la volontà dell'agente cui esso è diretto”: il soggetto non ha adeguato la propria volontà all'esigenza normativa nella colpa perché non ha previsto (o ha previsto ma non ha evitato) ciò che doveva prevedere. In quest'ottica, il giudizio normativo di rimproverabilità personale ha ad oggetto tre elementi: I) la capacità di intendere o di volere; II) il nesso “psichico” fra l'agente e il fatto; III) le circostanze concomitanti (ad es. condizioni familiari etc.) che influiscono sul processo di motivazione personale, in termini di maggiore o minore esigibilità di un comportamento conforme alla norma. Ed è proprio in riferimento a quest'ultima componente della colpevolezza che la dottrina tende a ricollegare il concetto di “inesigibilità”, seppur secondo differenti prospettive e ricostruzioni. Segnatamente, data la genericità della nozione, la dottrina prevalente tende a ritenere che le cd. “scusanti” (caso fortuito, forza maggiore etc.), ossia le ipotesi in cui le “circostanze concomitanti” suddette siano in grado di escludere la punibilità, siano un *numerus clausus* e abbiano natura rigorosamente eccezionale, potendo al più rilevare (al di fuori di tali ipotesi) ai fini della sola commisurazione della pena (art. 133 c. 2° c.p.). (cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale, XIII Edizione*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 232 e s.).

nell'organizzazione, trasformando il fallimento del sistema prevenzionistico in una presunzione di responsabilità personale.⁴⁹⁴

Il tema chiama in causa – nuovamente – anzitutto la figura dell'agente modello: si è detto che, nell'ambito oggetto del presente studio, molteplici sono le ragioni portano la giurisprudenza ad “esasperare” verso l'alto le “capacità” dello stesso,⁴⁹⁵ trasformandolo nei fatti in una sorta di “superuomo” idealizzato, in grado di (quasi) sempre conformarsi alla regola cautelare applicabile al caso concreto. Insomma, in questa materia, sembra valere l'equazione “violazione della regola cautelare = colpa”, residuando ben poco spazio a valutazioni in merito alla possibilità individuale del singolo garante di adeguarsi al “protocollo” cautelare che si assume violato. In un contesto così organizzato e spersonalizzato, la colpa tende infatti a deformarsi in un'ottica di responsabilità da posizione, ed in questa prospettiva, essa tende a confondersi con la sottesa posizione di garanzia ricoperta dall'agente.⁴⁹⁶ Non a caso, come rilevato da autorevole dottrina, una volta consolidatasi l'idea del “garante quale gestore di un rischio”, sempre più spesso i processi per i reati commessi in materia di sicurezza sul lavoro vertono quasi esclusivamente su questioni relative all'interruzione del nesso causale (art. 41, c. 2° c.p.) in applicazione della teoria della competenza e del nesso di rischio (*cfr. supra*), senza che possa assumere spazio alcuno – poi – la valutazione relativa alla componente più eminentemente soggettiva dell'illecito colposo, rispetto al quale – se inteso in termini eccessivamente “normativizzati” – è quasi sempre possibile rinvenire una violazione cautelare eziologicamente rilevante (vuoi di una regola positiva, vuoi di una regola desunta dall'art. 15 T.U. o 2087 c.c. nell'ambito del cd. “residuo di colpa generica”).⁴⁹⁷

Uno dei fattori principali che “legittima” questa eccessiva astrazione, è senza alcun dubbio la fitta trama di doveri-poteri che sono riconnessi dal T.U. a ciascun garante tipico (datore di lavoro *in primis*), dato che – come si è poc'anzi affermato – l'agente modello

⁴⁹⁴ D. CASTRONUOVO, Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, spec. p. 235 ss.

⁴⁹⁵ Per riprenderne alcune, senza alcuna pretesa di esaustività: l'alto tasso di codificazione delle regole cautelari; la natura eminentemente organizzativa delle cautele cui si rimprovera la violazione, con conseguente “spersonalizzazione del rimprovero”; la natura “primaria” dei beni giuridici in gioco e la loro ritenuta prevalenza – in una lettura eminentemente “coerentista” dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti; le “incursioni” del principio di precauzione in sede di valutazione della colpa; la stessa figura dell'agente-modello, che secondo alcuni autori – come si è visto – sembra costituire un valido “grimaldello” utile al giudice per legittimare scelte essenzialmente “politico-criminali” nonché a far confluire esigenze general-preventive in sede di valutazione della personale responsabilità.

⁴⁹⁶ E. DI SALVO, *Reato colposo e principio di esigibilità*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 161.

⁴⁹⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 13.

rappresenta metaforicamente le pretese di diligenza imposte dall'ordinamento (seppur non in termini "assoluti"). La possibilità di tenere in considerazione lo "scarto" tra modello e persona-fisica in sede di accertamento della colpevolezza è, infatti, «*inversamente proporzionale al grado di complessità organizzativa dell'attività svolta in concreto, alla sua spersonalizzazione, alla sua professionalizzazione e tecnicizzazione nonché alla presenza di protocolli procedurali consolidati*». ⁴⁹⁸ Occorre, tuttavia, considerare che non può non tenersi conto di questo "scarto": altrimenti, il soggetto finirebbe per rispondere penalmente solo per la posizione che occupa nell'ingranaggio organizzativo e non quindi per il ruolo realmente esplicato o per l'attività effettivamente svolta. ⁴⁹⁹

Secondo i "cultori" della dottrina dell'agente modello, un sufficiente grado di personalizzazione del rimprovero sarebbe ottenibile sempre operando su un piano impersonale: si propone di far riferimento all'esigibilità, ma quale parametro tramite il quale "misurare" prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso o pericoloso, utile quindi a ricostruire la cautela (oggettivamente) doverosa. In altre parole, al concetto si ricollega – in quest'ottica – la necessità di ancorare la misura della pretesa comportamentale che l'ordinamento può vantare, non già in funzione dell'agente concreto, ma bensì sempre alla luce del parametro dell'*homo eiusdem*. ⁵⁰⁰ Quest'impostazione, che predilige un modello di «*moderata generalizzazione*» ⁵⁰¹ e che basa l'accertamento della colpa su quanto «*è ragionevole presumere in ogni individuo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale*» ⁵⁰², ossia «*sul bagaglio di conoscenze e di capacità oggettivamente esigibili ai membri ideali [...] di determinati gruppi sociali o professionali*» ⁵⁰³ – secondo una differente dottrina – opererebbe ancora su un piano oggettivo, impersonale, nonché sempre funzionale, specie nelle ipotesi di regole non scritte, alla ricostruzione della cautela doverosa nel caso concreto, e quindi, alla definizione del "tipo" colposo. ⁵⁰⁴

⁴⁹⁸ E. DI SALVO, op. ult. cit., p. 162.

⁴⁹⁹ D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in AA.VV. *sicurezza sul lavoro – Profili penali*, Giappichelli, Torino, p. 341-342.

⁵⁰⁰ Tra i molti, si veda in particolare M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino, 2012;

⁵⁰¹ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, op. cit., p. 154.

⁵⁰² G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977, p. 307.

⁵⁰³ A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Jovene, Napoli, 2020, p. 70.

⁵⁰⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., p. 191.

Secondo quest'ultimo orientamento, per converso, ad un primo livello di giudizio, connotato dalla «*individuazione di cautele ad personam dell'homo eiusdem exigibili, ma generalizzabili ad una categoria di agenti, secondo un metro di identificazione sociale*»⁵⁰⁵, si dovrebbe affiancare poi un secondo momento, irrinunciabile, di autentica «*soggettivizzazione dell'esigibilità dell'osservanza richiesta*»⁵⁰⁶: in questa sede, si dovrebbe spostare il *focus* sull'agente individuale *hic et nunc*, dovendosi valutare «*la violazione del dovere cautelare alla luce del potere del soggetto [concreto] di adeguarvisi*»⁵⁰⁷. Ed è qui che, pertanto, si andrebbero a collocare quei «*fattori di distorsione che esulano dalla standardizzazione propria del parametro di riferimento, anche nelle versioni più precise in quanto più attente a cogliere, nel ricostruire la figura dell'agente modello, gli elementi di differenziazione tra diversi settori e livelli di attività*»⁵⁰⁸, potendosi distinguere «*caratteristiche individuali del soggetto le quali incidono sulla ricostruzione della stessa regola cautelare che integra la norma precetto, ed altre, legate a situazioni scusanti, che fungono semplicemente da limite all'esigibilità del precetto cautelare, ma non sono a loro volta traducibili in una prescrizione valida nel caso concreto, in una regola di condotta*»⁵⁰⁹. Sicché, «*laddove [...] non sia possibile individuare una norma di condotta "generalizzabile" purtuttavia adatta al soggetto agente – cioè: da lui "esigibile" – questi potrà solo appellarsi ad una scusante, la quale infatti non è una "norma di condotta", ma una "regola di giudizio", che pre-suppone l'illecito ed esclude la colpevolezza*».⁵¹⁰

Detto in altri termini, l'esigibilità – in questa prospettiva – opererebbe quale una “scusante” innominata: interrogarsi di inesigibilità in senso stretto significa infatti confrontarsi, più nello specifico, con la relazione dialettica che si instaura tra l'agente concreto, valutato al metro delle sue capacità individuali (desumibili tenendo conto di tutti i parametri di vita dello stesso, come le conoscenze delle quali egli disponeva al momento del fatto, il livello d'istruzione, nonché la sua esperienza maturata in relazione al tipo di attività intrapresa od una analoga) ed il particolare contesto di realizzazione del fatto (ad es. tendendo in considerazione l'eccezionalità delle condizioni fattuali in cui egli si è trovato ad operare, ovvero l'incidenza di

⁵⁰⁵ M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa, Garanzia e sistematica*, in *Riv. dir. e proc. Pen.*, 2013, p. 140.

⁵⁰⁶ M. DONINI, op. ult. cit., p. 147.

⁵⁰⁷ D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., p. 193.

⁵⁰⁸ D. CASTRONUOVO, op. ult. cit., p. 2017.

⁵⁰⁹ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giappichelli, Milano, 1991, p. 596 e s.

⁵¹⁰ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, op. ult. cit., p. 45.

“fattori esterni” che abbiano influito sul suo adempimento, ma non tali da integrare il caso fortuito o la forza maggiore ex art. 45 c.p.), e l’agente-modello, “individualizzato” secondo il paradigma dell’eiusdem condicionis et professionis.⁵¹¹

Dietro al dibattito appena richiamato, si staglia una contrapposizione di visioni giuspolitiche differenti, segnatamente in merito al ruolo della colpevolezza e alle esigenze della prevenzione generale: quanto maggiore è il rilievo attribuito alla dimensione oggettiva e standardizzata della colpa, tanto è minore il peso del rimprovero personale insito nella colpevolezza, a vantaggio di esigenze di prevenzione generale. Segnatamente, se il giudizio si appiattisce sul soggetto concreto, il rischio è che essa non sia quasi mai ravvisabile; viceversa, se lo si “oggettivizza” in maniera eccessiva, si corre il pericolo di trasformarla in una forma di “responsabilità oggettiva” occulta.⁵¹²

riprendendo quanto affermato supra, appare chiaro come l’ago della bilancia – nell’ambito oggetto del presente studio – non possa che pendere, almeno in via tendenziale, verso il secondo estremo: qui lo scenario tipico è quello della colpa specifica, seppur essa spesso “scolori” verso la colpa generica – ma pur sempre improntata verso “obiettivi” di tutela molto elevati desunti a partire in primis dalle “clausole generali” quali l’art. 2087 c.c. e le misure generali di tutela di cui all’art. 15 T.U. – e dunque informata sullo standard della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”; in un contesto ove la mancanza delle qualità personali per il compimento di determinate attività è priva di rilievo nelle situazioni ove l’addebito colposo s’incentra proprio sul non aver considerato tale deficit (secondo lo schema della cd. colpa per assunzione). Insomma, in un sistema improntato sulla regola della qualificata competenza nella gestione del rischio, in assenza di adeguati “appigli normativi” – anche di fonte extra-penale – pare difficile ritagliare spazi significativi per svolgere considerazioni disculpanti basate sulle caratteristiche personali.⁵¹³

⁵¹¹ F. GIUNTA, *La normatività della colpa*, op. cit., p. 108 e s.

⁵¹² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, op. cit., p. 335.

⁵¹³ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 336. – ciò nonostante, va segnalata una (a dire il vero isolata) sentenza della IV sez. pen. della Corte di Cassazione (la più “sensibile” al tema della considerazione della dimensione “soggettiva” della colpa, cfr: D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. di Dir. e Proc. Pen.*, 4, 2013, p. 1731 e s.) n. 12175 del 3 novembre 2016, ove la sentenza impugnata – avente ad oggetto un’imputazione per omicidio colposo per esposizione ad amianto – è stata censurata, essendo mancato qualsiasi esame delle deduzioni difensive che sottolineavano proprio la personalissima condizione di un imputato, che asseriva di non essergli stato possibile ordinare la cessazione della produzione o disporre la bonifica dell’intero stabilimento con sospensione dell’attività produttiva, nonché di aver in ogni caso assunto le iniziative utili in tal senso quale direttore dello stabilimento.

4.7. La dimensione relazionale della colpa e la controversa funzione incriminatrice dell'art. 113 del c.p.

Come si è già ampiamente avuto modo di evidenziare, le misure e le procedure richieste per il governo del rischio sono innumerevoli e di diversa natura. Si è detto che nell'ambito oggetto del presente studio, la disciplina cautelare talora implica l'istituzionale interazione fra diversi attori del sistema prevenzionistico, le cui dinamiche sono definite dalla legge o dalla delega. Così, ad esempio, nell'ambito della procedura di valutazione del rischio, si richiede la necessaria collaborazione del datore di lavoro con l'RSPP e – laddove previsto – il MC (art. 29 c. 1° T.U.), in quanto portatori di sapere tecnico-scientifico indispensabile per un corretto disimpegno del relativo dovere datoriale. Se ne è parlato in riferimento all'imputazione oggettiva dell'evento e alla “frammentazione” della posizione di garanzia, con la correlata “proceduralizzazione” dei poteri impeditivi che ne consegue: talora, infatti, vengono in rilievo competenze non isolate, ma bensì coordinate o cumulative. Si tratta di quelle che si sono configurano in relazione agli obblighi di sorveglianza (ad es. quello di cui è gravato l'RSPP), che impongono ad un soggetto sfornito di poteri immediatamente impeditivi di riconoscere il pericolo e di avvisare tempestivamente chi possa effettivamente impedire in prima persona l'evento; ovvero degli obblighi di vigilanza-controllo (ad es. l'obbligo di “alta vigilanza” del delegante sul delegato ex art. 16 3° c. T.U.), che impongono al soggetto che ne sia titolare di sorvegliare il comportamento altrui.

Orbene, ora occorre approfondire il tema – seppur nei limiti in cui ciò si rende necessario ai fini del presente studio – dalla prospettiva dell'elemento soggettivo colposo. Anzitutto, occorre premettere che la colpa è ritenuta da numerosi Autori⁵¹⁴ quale un concetto eminentemente “relazionale” o “interazionale”: in primo luogo, in un'attività complessa – qual è la gestione organizzata del rischio lavorativo – gli stessi contenuti del dovere di diligenza dell'autore si definiscono anche in relazione al comportamento di terzi, ciò specialmente laddove questi siano loro volta “garanti”, e pertanto, titolari di autonome posizioni di garanzia; in secondo luogo, il comportamento di altri soggetti (in chiave sincronica o diacronica rispetto al momento di estrinsecazione della condotta dell'autore) risulta rilevante nella fenomenologia socialmente oramai più diffusa di colpa, ossia quella ove emergono profili di interazione o interferenza tra più soggetti che pongano condotte contrarie alla diligenza in “concorso” o in

⁵¹⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 321 e s.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, op. cit., p. 160 e s.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 828 e s.

“concorrenza”; infine, un particolare rilievo nella definizione del delitto colposo può assumere il contributo colposo della vittima.

Se la prima delle summenzionate ipotesi – sul piano dell'imputazione oggettiva – è generalmente riconducibile all'idea di “separazione” delle sfere di competenza, per quel che attiene specificamente all'elemento soggettivo colposo – essa chiama in causa l'operatività del principio di affidamento, in chiave di esclusione dell'addebito per colpa. La seconda, invece, è – sempre sul piano dell'imputazione obiettiva – riconducibile all'idea di “interferenza” o “sovrapposizione” delle posizioni di garanzia-competenza, e dunque, sul piano della colpevolezza colposa, questa attiene precipuamente ai controversi istituti del concorso di condotte colpose indipendenti e della cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.* Rispetto alla terza, per converso, se sul piano dell'imputazione oggettiva (*cf. supra*) sarà possibile ravvisare l'interruzione del nesso causale *ex art. 41, 2° c., c.p.* in relazione alle sole condotte esorbitanti o abnormi del lavoratore, sul piano dell'esclusione della colpevolezza – data la pervasività dell'obbligo di controllo sulle fonti di rischio imposto (*in primis*) al datore – gli spazi in cui questa potrà ravvisarsi saranno tendenzialmente confinati negli esigui termini in cui si ritenga operante il principio di inesigibilità in concreto (*cf. supra*), specie per quel che concerne le ipotesi di *culpa in vigilando* del “garante” nei cui confronti viene mosso l'addebito.⁵¹⁵

Se le ragioni relative alla tendenziale obliterazione della dimensione più marcatamente soggettiva della colpa nell'ambito della materia di cui si tratta sono già state affrontate, ai fini di indagare i profili di *vagueness* e di *overbreadth* pare più utile, agli occhi di chi scrive, soffermarsi sulla seconda classe d'ipotesi.

4.7.1. La funzione incriminatrice della cooperazione colposa

Come si è poc'anzi accennato, il comportamento di più soggetti che agiscano colposamente, in chiave sincronica o diacronica rispetto al momento di estrinsecazione della condotta dell'autore di un illecito colposo, possono far emergere profili di interazione o interferenza tra più soggetti che pongano condotte contrarie alla diligenza in “concorso” o in “concorrenza”. Il tema, dunque, chiama in causa un istituto particolarmente controverso, ovverosia la cooperazione colposa, disciplinata dagli artt. 113 c.p. e 114 c.p.: la prima, dispone

⁵¹⁵ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 325; E. DI SALVO, *Reato colposo e principio di esigibilità*, op. cit., p. 161 e s.

– al 1° comma – che «*nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso*».

In merito alla natura dell'istituto in oggetto si possono scorgere in dottrina – semplificando – principalmente due diversi orientamenti: da un lato, vi è chi sostiene che l'istituto in oggetto abbia una funzione di mera disciplina, permettendo – laddove si dovessero ravvisare due condotte colpose ciascuna causalmente rilevante in ordine alla produzione di un evento dannoso o pericoloso – l'applicazione delle norme che disciplinano il trattamento sanzionatorio richiamate dai suddetti articoli; dall'altro, vi è chi ritiene che la disposizione in esame possieda anche una funzione “incriminatrice” – ovverosia – al pari di quanto non accada rispetto alle ipotesi di concorso nel reato doloso (art. 110 c.p.), sia in grado di estendere la tipicità. Segnatamente, la *ratio* di questa forma di manifestazione del reato colposo, secondo i sostenitori di questa seconda impostazione, consisterebbe nell'attribuzione di un valore tipizzante a peculiari regole preventive, cautele relazionate a condotte altrui: grazie alla norma codicistica, insomma, avrebbero ingresso nel sistema penale regole eccezionali e tassative, altrimenti irrilevanti nel quadro della fattispecie monosoggettiva, in quanto non orientate in via diretta alla prevenzione dell'evento, ma solo in via mediata, intervenendo su condotte altrui.⁵¹⁶

Se la questione è ancora profondamente dibattuta in dottrina, la giurisprudenza avvala – secondo un orientamento oramai consolidato⁵¹⁷ – proprio quest'ultima impostazione: si tratta dell'interpretazione più coerente con la *ratio* originaria della norma. Essa, infatti, venne introdotta proprio per fugare ogni dubbio in merito alla configurabilità del concorso anche nell'ambito dei reati colposi – ciò nella misura in cui, nel silenzio del previgente Codice Zanardelli, si era affermata sia in dottrina che in giurisprudenza l'opinione opposta.

Tuttavia, come si è avuto modo di constatare in relazione all'elemento soggettivo colposo nei reati monosoggettivi d'evento, a differenza del dolo – che è orditura della realtà – la colpa risulta “vuota” ed “oscura”: se la cooperazione colposa *ex art. 113 c.p.* condivide per certo con la fattispecie plurisoggettiva *ex art. 110 c.p.* la “base” costituita dalla necessaria

⁵¹⁶ È questa la posizione di M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1957, p. 79; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1980, p. 71 e s.; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 615; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 127 e s.; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1998, p. 173 e s.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 122 e s.

⁵¹⁷ Si tratta di un orientamento inaugurato dalla sentenza emessa in relazione al disastro di Stava – Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793.

rilevanza condizionalistica della condotta accessoria atipica, per quel che concerne l'individuazione del “collante” psicologico nell'ambito dell'illecito colposo plurisoggettivo, esso non può che risultare ben più evanescente.

Pertanto, si è sostenuto che fosse sufficiente una generica consapevolezza del comportamento altrui; secondo un altro orientamento, sarebbe invece richiesta la mera consapevolezza di collaborare all'altrui fatto materiale, a prescindere dalla specifica conoscenza della natura colposa della condotta degli altri soggetti coinvolti. Infine, vi è chi sostiene che a tal fine sia sufficiente la semplice prevedibilità della condotta altrui rispetto alla propria.⁵¹⁸

Perciò, una volta affermata l'operatività della norma in esame in chiave incriminatrice, data la scarsa efficacia tipizzante della condizione relativa alla necessaria rilevanza condizionalistica della condotta atipica colposa (poiché tutta incentrata su interazioni sociali, e dunque, appartenente al regno della cd. “causalità psicologica”), posta l'evanescenza dei summenzionati requisiti soggettivi che sono stati prospettati nel tempo, autorevole dottrina ha avuto modo di notare come:

*«l'art. 113 c.p. si è trasformato oggi in un moltiplicatore di imputazioni, consentendo alla responsabilità penale di risalire dalla posizione dell'autore materiale del fatto colposo a coloro che, nell'ambito della procedura, lo abbiano indotto, per fatti concludenti o con ordini formali impartiti in forza di una superiorità nell'organigramma della struttura di riferimento, a compiere l'imprudenza.»*⁵¹⁹

Sul punto sono quindi intervenute le S.U. Thyssenkrupp (cit.), le quali hanno optato per una diversa ricostruzione: non basta una generica “consapevolezza dell'altrui condotta”, ma bensì – in un'ottica diretta a ridurre le summenzionate tendenze “espansive” dell'istituto in oggetto – è richiesto che «il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza». Insomma, in altre parole, agli occhi della Corte è necessario che l'intreccio cooperativo trovi il proprio fondamento nel comune coinvolgimento “istituzionale” nella gestione dei rischi, poiché in tali ipotesi ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e

⁵¹⁸ R. BLAIOTTA, *Diritto penale*, op. cit., p. 323.

⁵¹⁹ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel delitto colposo*, op. cit., p. 139.

della condotta altrui: è il regime cautelare a richiedere a ciascuno di rapportarsi , preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto; ed a giustificare, così, la deviazione rispetto ai principi di affidamento e di autoresponsabilità, insiti nell'idea di cooperazione colposa.

Pertanto, secondo l'impostazione suggerita dalle S.U. – il “collante” non discende tanto da un dato psichico, quanto invece dalla “istituzionale” configurazione dell'organizzazione e dagli obblighi relazionali che ne derivano. Si coglie ancora una volta – in controluce – la rilevanza assoluta che in questi termini potranno giocare i prodotti dell'autonormazione: laddove gli “obblighi relazionali” cui si riferisce la Corte siano consacrati in un D.V.R. e/o in un M.O.G. che indichi a chiare lettere la loro portata in concreto rispetto all'assetto di ciascun contesto organizzativo, il rischio di imputazioni “a cascata” sarà decisamente più circoscritto. Tuttavia, occorre ribadire come i prodotti dell'autopoiesi, tanto obbligatori quanto pure facoltativi (fatta eccezione per le deleghe di funzioni validamente conferite *ex art. 16 T.U.*), hanno pur sempre un valore meramente ricognitivo/dichiarativo: di qui, forse, l'esigenza di introdurre più efficaci meccanismi di asseverazione/certificazione pubblica degli stessi, per lo meno al fine di circoscrivere – almeno in parte – quell'atteggiamento di sospetto che di regola li caratterizza laddove adottati in via meramente unilaterale.

5. L'apparato sanzionatorio posto a presidio dell'effettività della disciplina

Come si è già avuto modo di accennare nel capitolo II del presente scritto, l'apparato sanzionatorio si articola idealmente su tre livelli. Il primo, è costituito dall'insieme di illeciti amministrativi e di reati contravvenzionali di pericolo presunto contenuti nell'ambito del TUSL, diretti a reprimere le violazioni delle più importanti norme del medesimo decreto che disciplinano gli adempimenti richiesti a ciascun attore del sistema.

Segnatamente, con specifico riguardo alle contravvenzioni ed agli illeciti amministrativi poc'anzi menzionati, essi rappresentano il massimo livello di anticipazione della tutela e – per così dire – sono direttamente poste a presidio della dimensione cd. primaria della prevenzione. La tecnica legislativa impiegata per la loro tipizzazione è quella del “rinvio”: nell'ambito di ciascun Titolo del T.U. sono elencate una serie di prescrizioni, aventi natura cautelare o cautelativa, che loro volta abbisognano di essere integrate da regole di condotta spesso informali, o comunque non contenute in norme di legge, bensì regolamentari o finanche linee guida e buone prassi.

In chiusura dei Titoli suddetti, sono poi previsti gli illeciti – il cui precetto è costituito dalle già menzionate prescrizioni, possedendo quest’ultimi la natura di “norme penali tendenzialmente in bianco”. Viene così a delinearsi un “corpo normativo ipertestuale”, caratterizzato da una dissociazione tra precetto e sanzione.⁵²⁰

Ad un livello di tutela intermedio possono essere collocati i delitti di pericolo, nella specie gli artt. 437 e 451 c.p. Si tratta di norme che sono poste all’interno del codice penale, in particolare nell’ambito del Titolo VI dedicato ai delitti contro l’incolumità pubblica, e che formano un «*minisistema di anticipazione della tutela*»⁵²¹, essendo costruite come fattispecie di pericolo tendenzialmente astratto dirette a prevenire la verifica di infortuni o disastri all’interno dei luoghi di lavoro. Le due fattispecie postulano un raccordo con la disciplina del Testo unico, avendo quale oggetto materiale della condotta strumenti che sono destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro. A tali incriminazioni possono aggiungersi le fattispecie – sempre collocate nell’ambito del Titolo VI del c.p. – di cd. disastro innominato doloso *ex art.* 434 c.p. e dalla speculare ipotesi colposa prevista all’art. 449 c.p.

Infine, all’ultimo livello si possono rinvenire i classici delitti colposi di evento naturalistico omicidio (art. 589, c. 1° c.p.) o lesioni gravi o gravissime (art. 590, c. 2° c.p.), aggravati rispettivamente ai sensi del comma 2° dell’art. 589 e dal comma 3° dell’art. 590 c.p. Solo rispetto a queste ultime, ai sensi dell’art. 25-septies del d.lgs. 231 del 2001, è prevista la responsabilità amministrativa da reato dell’ente.

Si tratta – in generale – di fattispecie che si pongono tendenzialmente quali reati propri: ciò è sempre vero in considerazione delle contravvenzioni previste dal TUSL; mentre rispetto ai reati codicistici, nonostante essi siano formalmente rivolti a «*chiunque*», essi postulano la sussistenza di un obbligo qualificato: positivo, di collocazione degli apparati di cui agli artt. 437 e 451 c.p. (fatta salva la condotta di “danneggiamento”, comunque recessiva nella prassi applicativa); di impedimento dell’evento *ex art.* 40 cpv. c.p., per quel che concerne le fattispecie di omicidio o lesioni, laddove integrate nella forma commissiva mediante omissione; nonché – più in generale – di osservanza delle norme in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, laddove i suddetti delitti vengano contestati in forma aggravata rispettivamente *ex artt.* 590, 3° c. e 589, 2° c. c.p.

⁵²⁰ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 3.

⁵²¹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 2.

l'analisi del summenzionato apparato sanzionatorio – agli occhi dello scrivente – si rivela essenziale, ai fini di individuare possibili fattori di raffreddamento: l'efficacia general-preventiva che queste sono in grado di determinare, ed i possibili sconfinamenti della stessa rispetto ai relativi precetti, di modo che esse possano attingere condotte lecite e costituzionalmente garantite.

5.1. Gli illeciti di pericolo presunto e il regime “collaborativo” di estinzione delle contravvenzioni

Lo strumentario penale a tutela della sicurezza del lavoro ha un primo “fronte” costituito da un nugolo di reati contravvenzionali e di illeciti amministrativi, che nel loro insieme possono dirsi realizzare il massimo grado di anticipazione della tutela. Si tratta infatti di illeciti: propri, di mera condotta, omissivi, di pericolo presunto.⁵²²

Non si tratta di un approccio sanzionatorio proprio di quest'ultimi anni, ma di una costante. Le prime contravvenzioni in materia vennero infatti introdotte in concomitanza dei regolamenti delegati degli anni '50: fu in tale occasione, pertanto, che s'introdusse il modello poi in gran parte mantenuto anche a seguito delle successive riforme. Tuttavia, fu sempre in questo contesto che si optò per una tipizzazione dei precetti impiegando la tecnica del “rinvio” – comportando, perciò, una dissociazione fra precetto e sanzione che senza alcun dubbio si pone in tensione con l'esigenza di assicurarne la chiara ed immediata conoscibilità da parte dei destinatari.⁵²³

In ogni caso, la filosofia che ha caratterizzato la prima legislazione antinfortunistica – lo si è visto – era avulsa dalla logica collaborativa e partecipativa che vale invece a connotare, per lo meno secondo gli intenti del legislatore, l'odierno d.lgs. 81/2008: gli illeciti penali, in tale primordiale contesto, rispondevano ad una logica improntata sul paradigma del command and control. Le cautele erano infatti “calate dall'alto” – sostanziandosi in una miriade di prescrizioni cautelari generali ed astratte – che miravano a neutralizzare oggettivamente i pericoli presenti negli ambienti di lavoro, relativi ai macchinari, all'uso di sostanze o all'impiego errato di dispositivi specifici: in breve, si trattava di violazioni inerenti alla

⁵²² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 137

⁵²³ Come osserva C. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del titolo I*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Giuffrè, Milano, 2010, 2 ed., p. 549, «sembra di trovarsi di fronte al gioco delle scatole cinesi».

prevenzione “secondaria” dei pericoli, tutta incentrata su una disciplina cautelare generale, tassativa ed estremamente particolareggiata.

Il campo ha subito una prima rilevante riforma con la parziale depenalizzazione operata negli anni Novanta, frutto della delega di cui alla legge 6 dicembre del 1993, n. 499. Si è quindi ristretta l’area del penalmente rilevante agli illeciti in materia di sicurezza ed igiene del lavoro ed a quelli relativi ai minori, alle lavoratrici madri ed ai lavoratori a domicilio, razionalizzando ed accrescendo l’entità delle relative sanzioni. È stata poi generalizzata la comminatoria alternativa e sono state altresì previste contravvenzioni punite solo con l’arresto, essendo invece state affidate al sistema sanzionatorio amministrativo le violazioni concernenti gli aspetti meno cruciali della disciplina del rapporto di lavoro. Contemporaneamente, è stato introdotto (per tramite del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, recante “modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro) il meccanismo di oblazione riparatoria, poi ripreso anche in materia ambientale (l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha inserito nel d.lgs. 152/2006 la Parte VI-bis).⁵²⁴

Il mutamento di paradigma operato dal d.lgs. 626/1996 si riflette nella parziale riconfigurazione dell’apparato contravvenzionale, che si è venuta a realizzare anzitutto tramite l’introduzione di ulteriori illeciti, questa volta posti a presidio dell’osservanza degli aspetti processuali, organizzativi, e sistemici dell’apparato regolativo. Tuttavia, senza che si verificasse alcun ulteriore intervento significativo di deregulation sostanziale, con l’entrata in vigore del decreto, la grandissima parte degli illeciti sparsi nei vari d.p.r. continuò a rimanere in vigore: in base ad una ricerca compiuta nell’ambito di un progetto finanziato dal MIUR, la disciplina della sicurezza del lavoro contava, nel 1999, circa 3000 fattispecie contravvenzionali sparse nella legislazione complementare.⁵²⁵

Con l’entrata in vigore del d.lgs. 81/2008, si è riordinata anche la disciplina sanzionatoria, poiché il T.U. ora raccoglie quasi tutte le norme in materia. Il decreto ha poi introdotto un’ulteriore innovazione rispetto al passato, prevedendosi ora – al termine di ciascun Titolo dello stesso – le specifiche norme sanzionatorie delle prescrizioni cautelari che ivi sono codificate. Se la novella è da accogliere con favore, in quanto essa ha consentito di avere un quadro più chiaro di ciascuna disciplina di settore, occorre pur sempre evidenziare che – data la vastità che caratterizza il decreto – il pericolo di sovrapposizione di norme incriminatrici e

⁵²⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale*, op. cit., p. 136.

⁵²⁵ M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L’altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 12 e s.

di piani di valutazione non è stato del tutto eliminato, specialmente laddove si tenga in considerazione l'immutata "scissione" fra precetto e sanzione.

Come ha avuto modo di notare autorevole dottrina, per quanto il nuovo assetto appaia più snello rispetto al passato, il numero delle violazioni rimane tanto alto da essere difficilmente calcolabile: il pingue *corpus* di illeciti in materia, sembra aver da sempre resistito a qualsiasi tentativo di eliminazione o di "forte dimagrimento". Secondo una stima, esse ammontano ancora a circa 1500.⁵²⁶

In ogni caso, ed è questa l'innovazione che qui maggiormente rileva, la legge delega n. 123 del 2007 chiedeva poi al legislatore delegato di provvedere alla riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, mediante strumenti volti a favorire la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo recato dalla violazione delle prescrizioni cautelari, confermando e valorizzando il sistema introdotto con il d.lgs. 758 del 1994.

Di qui l'estensione – all'ambito del successivo T.U. – della procedura estintiva delle contravvenzioni e degli illeciti amministrativi di cui rispettivamente agli artt. 301 e 301-bis TUSL: la prima disposizione ha infatti esteso l'applicabilità delle norme in materia di prescrizione ed estinzione ai reati contravvenzionali – puntati con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, ovvero con la sola ammenda – previsti in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro (sia previste dal TUSL, che da diverse disposizioni aventi forza di legge) di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758; la seconda, invece, ha previsto una procedura di "estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione", che garantisce al soggetto che abbia realizzato l'illecito la possibilità di pagare una somma pari alla misura minima prevista dalla legge, laddove questi abbia provveduto a regolarizzare la propria posizione entro il termine assegnato dall'organo di vigilanza che ha eseguito l'accesso ispettivo. L'art. 302 del T.U. ha, infine, introdotto una procedura per la definizione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda, che garantisce la possibilità – su richiesta dell'imputato – di ottenere la sostituzione della pena irrogata (nel limite di 12 mesi) con una pena pecuniaria, da determinarsi secondo i criteri di ragguaglio di cui all'art. 135 del c.p., sempre a condizione che siano state "eliminate tutte le fonti di rischio e le conseguenze dannose del reato", e non si siano verificati infortuni di particolare gravità a causa della violazione contestata.

⁵²⁶ V. TORRE, *La "privatizzazione"*, op. cit., p. 139.

5.1.1. Le procedure estintive

Il meccanismo estintivo richiamato dall'art. 301 del T.U. è ispirato da una logica riparatoria e premiale: ai sensi degli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994, qualora dai controlli degli organi ispettivi o a seguito di attività svolta da organi di polizia giudiziaria diversi emergano elementi per ritenere l'integrazione di una contravvenzione, questi impartiscono al contravventore un'apposita "prescrizione", assegnando contestualmente un termine ("non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario"); se, entro il termine stabilito (o entro il termine eventualmente prorogato) l'indagato ottempera a quanto prescritto, egli viene ammesso a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda prevista per la fattispecie contravvenzionale riscontrata; se questi esegue anche la prestazione pecuniaria, il reato è improcedibile e viene disposta l'archiviazione.⁵²⁷

L'osservanza della prescrizione, unitamente al pagamento di una somma di danaro in via amministrativa, garantisce al contravventore non solo di evitare una pronuncia di condanna, ma bensì lo stesso esercizio dell'azione penale, poiché la tesi assolutamente maggioritaria vi ravvede una condizione di procedibilità.⁵²⁸ Si tratta, pertanto, di uno strumento che privilegia senza alcun dubbio il conseguimento dell'esito finale, costituito dalla riconduzione delle attività della sicurezza, piuttosto che alla rigida efficienza della risposta sanzionatoria: l'istituto risponde, infatti, anche ad esigenze di deflazione processuale, attenuando sensibilmente l'antagonismo tra garanti ed ispettori ed anzi, sembra immaginare una interlocuzione ispirata dalla logica della cooperazione.⁵²⁹

Di qui, vi è chi ravvisa nel summenzionato istituto un "contrappeso partecipativo", utile a mitigare il rischio che lo "scarico di responsabilità" sul singolo datore di lavoro – sempre esposto ad un "terrorizzante" e disfunzionale vaglio giudiziale *ex post* in merito alla correttezza degli adempimenti a lui richiesti.⁵³⁰ Specialmente se si tiene conto della sua capacità di metter al riparo dal processo, prima ancora che dalla pena.

⁵²⁷ S. DOVERE, *Sicurezza del lavoro e sistema penale*, in G. NATULLO, *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, 2015, p. 15.

⁵²⁸ A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti di sicurezza e salute del lavoro*, in DEIDDA-GARGANI (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in PALAZZO-PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012, p. 372 e s.

⁵²⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale*, op. cit., p. 137.

⁵³⁰ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, op. cit., p. 222.

Tuttavia, occorre inoltre sottolineare che – com'è già stato ampiamente evidenziato – l'ineffettività dei controlli mina la capacità del “meccanismo” a perseguire gli obiettivi di tutela. Inoltre, essa trova applicazione esclusivamente in riferimento ai reati puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, ovvero della sola ammenda, non invece alle contravvenzioni sanzionate esclusivamente con l'arresto.

Rispetto a queste ultime, l'art. 302 del T.U. prevede una diversa disciplina: l'imputato può infatti richiedere la sostituzione della pena detentiva inflitta con sentenza di condanna – sempreché questa non sia superiore a un anno – con il pagamento di una somma di danaro determinata secondo i criteri di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p. Tuttavia, la sostituzione può aver luogo solo laddove siano state eliminate tutte le fonti di rischio e le conseguenze dannose del reato; e quando la violazione non abbia avuto ruolo causale in un infortunio sul lavoro, da cui sia derivata la morte o una lesione personale che abbia comportato l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore a quaranta giorni. Decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza, senza che il condannato abbia commesso ulteriori reati tra quelli previsti dal T.U. ovvero reati di cui agli artt. 589, comma 2°, e 590, comma 3° c.p., limitatamente alle ipotesi di violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, il reato si estingue.

Quest'ultimo meccanismo deve ritenersi molto meno idoneo ad una rimozione tempestiva del rischio: la richiesta, oltre ad essere facoltativa e su istanza del soggetto, può pervenire fino a che non siano stati esauriti i giudizi di merito. Ne consegue che, data la possibilità di appellare la sentenza di condanna emessa nel primo grado di giudizio, i tempi utili entro i quali egli sia tenuto a rimuovere le irregolarità riscontrate per accedere all'istituto siano in quest'ipotesi generalmente più lunghi.⁵³¹

Infine, occorre menzionare la procedura estintiva recata dall'art. 301-*bis* del T.U. – a mente del quale: *«in tutti i casi di inosservanza degli obblighi puniti con sanzione pecuniaria amministrativa il trasgressore, al fine di estinguere l'illecito amministrativo, è ammesso al pagamento di una somma pari alla misura minima prevista dalla legge qualora provveda a regolarizzare la propria posizione non oltre il termine assegnato dall'organo di vigilanza mediante verbale di primo accesso ispettivo»*.

⁵³¹ S. DOVERE, *Sicurezza del lavoro e sistema penale*, op. cit., p. 225.

Si tratta di un istituto non dissimile a quello previsto dall'art. 301 T.U. Tuttavia, questo si caratterizza per una più marcata informalità, anche rispetto al contenuto prescrittivo dell'atto assunto dall'organo di vigilanza. Dal momento che gli illeciti amministrativi, nella disciplina delineata dal T.U., sono generalmente ricollegati ad omissioni di carattere formale, è da ritenere che la prescrizione si limiterà a disporre l'adempimento mancato.

5.1.2. Il potere dispositivo degli organi ispettivi

Un altro strumento che mira a garantire un più fruttuoso dialogo Stato-Privato è costituito dal potere dispositivo degli organi ispettivi, disciplinato dall'art. 302-bis del T.U., introdotto dal “correttivo” operato dal d.lgs. 106 del 2006. Segnatamente, esso prevede che – laddove il datore di lavoro abbia volontariamente adottato delle “buone prassi” ovvero delle “norme tecniche” – l'organo ispettivo possa impartire “disposizioni” esecutive ai fini dell'applicazione delle stesse, nel caso in cui queste siano espressamente richiamate in sede ispettiva e non siano state correttamente implementate (salvo che il fatto non costituisca reato).

Sulle nozioni di “norma tecnica” e di “buona prassi” ci si è già soffermati. Tuttavia, occorre qui evidenziare come la summenzionata disposizione offra un ulteriore conferma del ruolo assegnato al personale ispettivo nel quadro normativo vigente, tale da conferirgli una funzione di interlocutore qualificato dei garanti.⁵³² La *ratio* dell'istituto è in questo caso da ravvisarsi nell'elasticità che sovente caratterizza le prescrizioni penalmente sanzionate: esse spesso infatti contengono elementi vaghi o indeterminati, come quando si menzionano misure idonee, sufficienti, adeguate. Pertanto, il ruolo giocato dall'adozione e corretta implementazione del *soft-law* qualificato, risulta essenziale ai fini di conferirgli maggiore determinatezza.⁵³³

Ovviamente, nello svolgimento di tale attività integrativa, il datore di lavoro possiede un più o meno ampio margine di discrezionalità. Di qui, la necessità di “guidarlo” – anziché sanzionarlo – nella correzione di eventuali errori nei quali egli sia incorso. Non a caso, prima dell'introduzione dell'art. 302-bis del T.U., era previsto un istituto analogo nell'ambito dell'art. 10 del d.P.R. 19 marzo 1955, n. 520 – il quale disciplinava le disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro in materia prevenzionistica, anche nel campo dell'applicazione di norme obbligatorie ma implicanti un apprezzamento discrezionale.

⁵³² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 145.

⁵³³ S. DOVERE, op. ult. cit., p. 7.

Tuttavia, occorre ribadirlo, tali meccanismi “collaborativi” (ivi comprese le procedure estintive di cui agli artt. 301 e s. T.U.) trovano applicazione solo in sede d’accesso ispettivo: in via preventiva, gli unici strumenti a disposizione del Datore di lavoro – ove possa realizzarsi un’autentica collaborazione pubblico-privato in concreto – rimangono sostanzialmente quelli dell’asseverazione e certificazione dei modelli. Se a ciò si aggiunge la considerazione della scarsissima effettività dei controlli, ecco che il loro rilievo – in chiave “rassicurante” – sia pur sempre molto scarso.

5.2. *Le fattispecie di comune pericolo*

Come si è avuto modo di accennare *supra*, la tutela penale della sicurezza sul lavoro si sviluppa su tre livelli: l’anticipazione massima della risposta penalistica è rappresentata dalle numerose fattispecie contravvenzionali di pericolo presunto e di mera condotta, quasi del tutto contenute nell’ambito del TUSL;

Si tratta di fattispecie collocate nell’ambito del Titolo VI dedicato ai delitti contro l’incolumità pubblica: le prime due (434 e 437 c.p.) nel Capo I – recante delitti di comune pericolo mediante violenza; le ultime due (439 e 451 c.p.) nel Capo III – rubricato “Dei delitti colposi di comune pericolo”. Esse danno luogo ad una sorta di “microsistema” sanzionatorio, configurando una tutela anticipata di beni giuridici nei modi classici dei reati di comune pericolo – ovverosia – mediante la previsione di illeciti di “pericolo di pericolo” ovvero caratterizzati da eventi di pericolo concreto o astratto. La loro conformazione è plasmata dal bene giuridico da queste presidiato, ovvero la “pubblica incolumità”.⁵³⁴

Su quest’ultima nozione pare quindi utile soffermarsi. La categoria ricomprende fatti diversi ed eterogenei, accomunati dalla medesima forma di pericolosità – il “comune pericolo” – sua volta esprimente una dimensione di potenzialità lesiva generalizzata e particolarmente intensa, tale da mettere a repentaglio i beni individuali della vita, dell’incolumità personale e della salute di soggetti appartenenti ad una determinata comunità – o meglio – un numero indeterminato di essi. Secondo un’originaria concezione proposta da Arturo Rocco⁵³⁵, l’oggetto giuridico della protezione coincide con il “complesso delle condizioni, garantite dall’ordinamento giuridico, necessarie per la sicurezza della vita, dell’integrità personale e della sanità, come beni di tutti e di ciascuno, indipendentemente dal loro riferimento a determinate

⁵³⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 147.

⁵³⁵ A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 599.

persone”.⁵³⁶ La *ratio* delle incriminazioni, infatti, consta proprio nel scongiurare la potenziale “diffusione” di danni a vasto spettro, che non sarebbe possibile fronteggiare in mancanza di un controllo penale congruamente anticipato, governando già a monte il potenziale eziologico di attività non circoscrivibili nella loro “specificità” direzione verso esiti offensivi puntualmente predeterminati.⁵³⁷

Caratteristica comune dei reati contro la pubblica incolumità, derivante dalle peculiarità dell’oggettività giuridica da questi presidiata (immaterialità e impersonalità), è perciò la particolare modalità offensiva delle condotte rilevanti – il comune pericolo – i cui caratteri essenziali, consistenti nella diffusibilità degli effetti e indeterminatezza delle vittime, sono stati colti ed affermati dalla Consulta in più occasioni – in quanto essenzialmente condensati nella nozione di “disastro” (specialmente avuto riguardo ai delitti di cui al Capo I del Titolo VI del c.p.). In particolare, pronunciandosi in merito a una questione di legittimità sollevata in riferimento ad un asserita incostituzionalità per violazione del principio di legalità-tassatività dell’art. 434 c.p. (cd. disastro innominato) – la Corte ebbe modo di notare come *«l'analisi d'insieme dei delitti compresi nel capo I del titolo VI consenta, in effetti, di delineare una nozione unitaria di «disastro», i cui tratti qualificanti si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo. Da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi. Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare - in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la «pubblica incolumità») - un pericolo per la vita o per l'integrità di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti.»*⁵³⁸

In relazione al concetto di “comune pericolo”, occorre tuttavia segnalare come – secondo l’interpretazione maggiormente accreditata della nozione – il dato comune costituito dalla “diffusibilità del pericolo” stia ad indicare non tanto un elemento quantitativo ovvero

⁵³⁶ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in *Diritto Penale*, Tomo II, (a cura di) A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, UTET, 2022, Milano, p. 3329.

⁵³⁷ G. A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli di incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in *Per uno studio interdisciplinare su agricoltura e alimentazione* (Atti del convegno, Pisa, 22-23 gennaio 2010), (a cura di) M. GOLDONI, E. SIRSI, Milano, 2011, p. 281.

⁵³⁸ Sent. C. Cost. n. 327 del 2008.

qualitativo delle potenziali vittime, ma bensì il carattere di indeterminatezza, e perciò, di fungibilità delle persone esposte al pericolo (cfr. *infra*)⁵³⁹.

In ogni caso, la duplice indeterminatezza degli effetti delle fattispecie di comune pericolo – quanto al raggio d’azione e alle potenziali vittime – spiega la qualificazione di delitti “vaghi” ad essi talora assegnata: in realtà, essa deriva dalla natura “pubblicistica” e “superindividuale” del bene giuridico della “pubblica incolumità” – adespota, in quanto le fattispecie poste a suo presidio aggrediscono interessi individuali ma ad uno stadio nel quale essi sono ancora indivisibili e indistinguibili⁵⁴⁰. Da tali caratteri derivano inoltre sia la severità delle cornici edittali minacciate, sia pure la natura “anticipatoria” della risposta sanzionatoria alla mera insorgenza del “comune pericolo” – senza (e prima che) si debba riscontrare una effettiva lesione di singoli beni giuridici a titolarità soggettiva.⁵⁴¹

Viene quindi in rilievo un importante distinzione codicistica, foriera di numerose divergenze interpretative sia in dottrina che in giurisprudenza, fra “delitti di comune pericolo mediante violenza” (di cui al Capo I del Titolo VI) e “delitti di comune pericolo mediante frode” (contenuti nell’ambito del successivo Capo II del titolo medesimo). La portata di tale discernimento è stata oggetto di diverse interpretazioni che, in estrema sintesi, possono così essere riportate: secondo un primo orientamento, la nozione di “violenza” dev’essere interpretata nel senso di vis (forza fisica/meccanica), mentre alla nozione di “frode” deve ricollegarsi la natura “occulta” del pericolo⁵⁴²; in un’ottica parzialmente difforme, si è notato come i delitti di cui al Capo I ineriscano principalmente alla tutela dell’integrità fisica e della vita di una pluralità di soggetti, mentre quelli di cui al Capo II avessero ad oggetto la salvaguardia della “salute pubblica” – categoria, quest’ultima, che quindi dovrebbe ricomprendersi nel più ampio genus della pubblica incolumità.⁵⁴³

Infine, secondo una diversa ricostruzione, che valorizza il parallelismo con la classificazione adottata nell’ambito dei delitti contro il patrimonio, la “violenza” dev’essere

⁵³⁹ E. DOLCINI, G. L. GATTA (Diretto da), *Codice penale commentato*, Tomo II, art. 437 c.p., V edizione, UTET, Milano, p. 2447.

⁵⁴⁰ A. GARGANI, Voce: *Incolumità pubblica (Delitti contro la)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VIII*, Giuffrè, 2015, p. 576.

⁵⁴¹ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, op. ult. cit., p. 3334.

⁵⁴² S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, op. ult. cit., p. 3335.

⁵⁴³ F. MANTOVANI, (a cura di) *I reati contro l’incolumità pubblica*, in *Diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023., p. 9.

intesa alla stregua di un'aggressione traumatica e violenta nei confronti di una vittima "diffusa" che la subisce passivamente, mentre la "frode" dev'essere intesa in termini di oggettiva insidiosità del mezzo utilizzato, tale da ingannare la comune fiducia e da richiedere una sorta di "cooperazione artificiosa" di una pluralità di vittime (analogamente alla truffa), consistente nell'assunzione, uso o consumo di sostanze o cose pericolose. Questa terza teoria ricostruttiva sembra cogliere nel segno: la prima categoria di reati (Capo I) sembra infatti contenere fattispecie ove l'offesa si produce per il tramite di una "violenza fisica operante *ab externo*", ove il pericolo discende da macro-danneggiamenti (ad es. incendio), tendenzialmente circoscritti in termini spazio-temporali, dotati di intrinseca e pressoché immediata *vis* espansiva e distruttiva, suscettibile di riverberarsi con violenza sul corpo di più vittime indeterminate; la seconda (Capo II), per converso, sembra alludere ad un concetto di "frode" da intendersi in termini di oggettiva impercettibilità del pericolo per la salute pubblica, la cui pervasività sembra derivare proprio dal suo carattere occulto, insidioso – più che dalla sua "esplosività" o dirompenza.⁵⁴⁴

La questione è di notevole interesse, specialmente avuto riguardo all'elaborazione giurisprudenziale della figura della "malattia-infortunio" in riferimento alla sua riferibilità all'ambito di operatività dell'art. 437, nonché alla nozione di "disastro" ex artt. 434 e 449 c.p. (cfr. *infra*).

Per completare questo sintetico quadro introduttivo relativo ai delitti di comune pericolo, occorre infine chiarire il ruolo che il pericolo gioca nell'ambito delle fattispecie di cui si tratta. Questo, infatti, talora viene espressamente tipizzato quale elemento costitutivo del fatto di reato (pericolo concreto), in altri casi esso è implicito nei fatti descritti dalla fattispecie, nel senso che il legislatore lo presume a partire dall'accertamento di certi sotto-eventi pericolosi (secondo il paradigma dell'*id plerumque accidit*) individuati dalla norma stessa, tramite espressioni e termini dotati di particolare pregnanza semantica, che dovrebbero riassumere le proprietà e le qualità a giustificazione della presunzione di pericolo (pericolo astratto).⁵⁴⁵

Dalla classificazione della fattispecie nell'una o nell'altra categoria discendono conseguenze significative: laddove si tratti di fattispecie di pericolo astratto, poiché quest'ultimo non costituisce un elemento costitutivo del fatto tipico, esso non dovrà essere

⁵⁴⁴ A. GARGANI, op. ult. cit., p. 573.

⁵⁴⁵ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, op. ult. cit., p. 3337; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 151-152.

oggetto di accertamento in concreto da parte dell'accusa, ferma restando la possibilità, imposta dal principio di offensività (art. 25 2° c. e 27 c. 1° Cost.) che venga esclusa la rilevanza penale della condotta laddove venga fornita la prova dell'assoluta inidoneità del fatto a realizzare il danno che il precetto mirava ad impedire.⁵⁴⁶

Nel caso in cui, per converso, si tratti di fattispecie di pericolo concreto, esso – quale elemento costitutivo del fatto tipico – dovrà rappresentare oggetto di analitico accertamento, poiché in tali ipotesi dovrà verificarsi in concreto se o meno la condotta fosse ex ante idonea a produrre l'offesa, dovendosi operare una prognosi postuma, a carattere probabilistico, condotta con cadenze analoghe all'accertamento del requisito dell'idoneità del tentativo (ex art. 56 c.p.).⁵⁴⁷

Come è stato acutamente rilevato, in ogni caso, il giudizio di pericolosità comune prescinde dalla probabilità di danno di uno o più interessi determinati, dovendo per converso circoscriversi l'accertamento alla potenzialità lesiva generica del fatto⁵⁴⁸. Più nello specifico, nel caso di delitti contro la pubblica incolumità mediante violenza, esso consisterà in una verifica in concreto a carattere probabilistico della possibile presenza di più persone nel luogo di verifica dell'evento disastroso, talora non necessaria in quanto implicita nella stessa descrizione della fattispecie (si pensi ad. es. al disastro ferroviario ex art. 430 c.p.), in talaltre ipotesi da verificarsi in relazione allo specifico contesto concreto in cui la condotta viene realizzata (ad es. la pericolosità dell'incendio nel reato di incendio di cosa propria, ex art. 423 c.p.).⁵⁴⁹

Tuttavia, sia che si tratti di reati di pericolo concreto o, a maggior ragione, di pericolo astratto, l'accertamento della pericolosità della condotta è ben più agevole di quanto non lo sia la prova della causalità materiale nell'ambito dei reati di evento, segnatamente, di lesioni o di omicidio. È infatti noto come i compilatori del codice Rocco concepissero la verifica dell'evento di pericolo concreto (ad es. il crollo di una costruzione, il disastro, l'incendio etc.) quale condizione obiettiva di punibilità, per rispondere a finalità di semplificazione probatoria.

⁵⁴⁶ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 153.

⁵⁴⁷ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 151.

⁵⁴⁸ A. GARGANI, Voce: *Incolumità pubblica*, op. cit., p. 579.

⁵⁴⁹ A. GARGANI, op. ult. cit., secondo il quale le fattispecie di pericolo "astratto" permettono di prescindere dall'accertamento della probabilità di danno di uno o più interessi determinati e di circoscriverlo alla potenzialità lesiva "generica" del fatto: i fattori dai quali la prognosi di pericolosità deve per l'appunto "astrarre" o prescindere assumono contenuto e funzioni diversi, a seconda della struttura specifica della fattispecie.

E tale impostazione di per sé non stride necessariamente con il principio di responsabilità per fatto proprio: anche a voler considerare il “pericolo per la pubblica incolumità” quale elemento costitutivo del reato, l’offensività in concreto dovrà pur sempre parametrarsi con un certo grado di astrattezza, derivante dalla natura peculiare del bene giuridico nei cui confronti essa è diretta⁵⁵⁰. Si prenda ad es. il reato di crollo doloso di costruzioni (art. 434 c.p.): la fattispecie di cui al c. 1° richiede che dal fatto sia derivato un pericolo per la pubblica incolumità. Tuttavia, la valutazione in concreto in merito alla sussistenza di quest’ultimo non potrà certo richiedere la prova a posteriori della presenza di più persone al momento del pericolo di crollo o del suo verificarsi, nella misura in cui, in tal caso, il reato sarebbe di pericolo individuale plurimo – non già di comune pericolo⁵⁵¹. Per tali motivazioni i reati contro la pubblica incolumità devono essere considerati, nella loro totalità, reati di pericolo tendenzialmente astratto: la prognosi non potrà che svolgersi, in ogni caso, da una prospettiva *ex ante* e sempre in termini probabilistici, astratti – con tutte le conseguenze agevolatrici (per l’accusa) che ne conseguono sul piano probatorio.

Per quest’ultimo motivo, è agevole ritenere che tali fattispecie meglio si presterebbero all’esigenza di presidiare, su un piano general-preventivo, la dimensione “primaria” dell’obbligazione datoriale, ponendo rimedio alla spesso paventata scarsissima effettività della disciplina civilistica prevista a tal proposito nel TUSL. Per converso, come si avrà modo di argomentare di seguito, tale “microsistema” sanzionatorio risulta per molti versi datato e inadeguato – specie tenuto conto della dimensione organizzativa e soggettivamente partecipata che il nostro sistema prevenzionistico ha ormai assunto – come si è visto – per lo meno a partire dal d.lgs. 626/1994.

5.2.1. Il delitto di “rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro” ex art. 437 c.p

Il delitto di “rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro” è stato concepito – come si è già avuto modo di accennare *supra* – al fine di colmare la

⁵⁵⁰ A partire dalla specifica natura impersonale ed immateriale dell’incolumità pubblica, si è affermato che le fattispecie che prevedono espressamente il requisito del pericolo alla pubblica incolumità sarebbero in realtà reati di pericolo “solo apparentemente concreto”, in quanto la concretezza sarebbe esclusa dalla stessa natura meta-individuale del bene giuridico tutelato e dall’incongruenza di un accertamento circa l’effettivo pericolo corso dalle vittime potenziali (che, essendo riconosciute *ex post* per essere entrate in contatto con la fonte del pericolo, perderebbero *ipso facto* la caratterizzazione di indeterminatezza, alla quale invece il legislatore assegna rilievo tipico (cfr. A. GARGANI, op. ult. cit., p. 580).

⁵⁵¹ *Amplius* cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, op. cit., p. 157; Nello stesso senso, A. GARGANI, op. ult. cit., p. 580.

riconosciuta lacuna di tutela penalistica posta a presidio dell'applicazione degli scarni regolamenti prevenzionistici vigenti all'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, in un'ottica di anticipazione della tutela. Si tratta infatti del “primo e unico” delitto doloso pensato in maniera specifica per la tutela dei beni della incolumità delle persone nel contesto dei luoghi di lavoro, fatte salve le ipotesi di omicidio o lesioni contestate a titolo di dolo eventuale.⁵⁵²

Esso punisce chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro ovvero li rimuove o li danneggia, con la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni. Se dal fatto si verifica un disastro o un infortunio, è previsto un significativissimo aggravio di pena (duplicazione del massimo edittale e sestuplicazione del minimo!).

Si tratta di un reato di mera condotta, che può assumere due distinte configurazioni: una commissiva, consistente nella rimozione o danneggiamento degli strumenti di gestione del rischio lavorativo (si tratta, in breve, di azioni di sabotaggio); una omissiva, consistente nell'omessa collocazione di impianti, apparecchi o segnali. Se la fattispecie attiva si configura quale reato comune, soggetto attivo della fattispecie omissiva (trattandosi di un reato omissivo proprio) è solo chi aveva l'obbligo giuridico di collocare – o di far collocare – questo o quell'impianto, apparecchio o segnale destinato alla prevenzione di infortuni o disastri sul lavoro: si tratta dei “garanti” della sicurezza previsti dal TUSL, ossia il datore di lavoro, chi da esso delegato *ex art. 16 TUSL* ovvero talora il dirigente o il preposto, in quanto unici soggetti suscettibili di essere gravati del suddetto obbligo in quanto titolari dei necessari poteri. Per quel che concerne la “fonte” dell'obbligo, essa viene generalmente ricondotta all'art. 2087 del c.c. – con conseguente rilievo attribuito sia rispetto alle cd. misure nominate, sia pure rispetto alle cd. misure innominate, imposte dal progresso tecnico-scientifico – mentre il presupposto per la sua operatività (*rectius* la situazione tipica, che costituisce perciò presupposto della condotta) consiste nell'effettivo svolgimento di attività pericolosa, pericolosità da valutarsi *ex ante* e in concreto alla luce delle norme, della scienza e della tecnica⁵⁵³. In particolare, l'aggancio all'art. 2087 c.c. – secondo un approccio incentrato su una maggiore “apertura” delle fonti degli obblighi di sicurezza implica che anche l'applicazione dell'art. 437 c.p. coinvolga le complesse questioni riguardanti i limiti dei doveri di aggiornamento tecnico da parte del datore di lavoro

⁵⁵² D. CASTRONUOVO, V. FELISATTI, *Dispositivi di prevenzione*, in *Diritto Penale – Tomo II (a cura di) A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA*, UTET, Milano, 2022, p. 3578.

⁵⁵³ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 150.

e la questione inerente allo *standard* di diligenza esigibile (“massima sicurezza possibile” ovvero “massima sicurezza ragionevolmente praticabile”).⁵⁵⁴ Secondo una diversa ricostruzione, improntata alla valorizzazione massima del principio di legalità-tassatività – l’obbligo giuridico debba fondarsi esclusivamente su doveri di sicurezza espressamente stabiliti da specifiche disposizioni positive della legislazione antinfortunistica.⁵⁵⁵

venendo alle prime criticità, occorre in via preliminare riscontrare due “difetti” ontologici, sul piano della tutela offerta dalla fattispecie: il primo, consistente nel tipo di cautele la cui omissione, rimozione o danneggiamento possono integrare il reato, che stando alla lettera della disposizione sarebbero da individuarsi in presidi meccanici e tecnologici, con contestuale esclusione di quelli di tipo soggettivo (es. informazione e formazione) ovvero organizzativo (ad es. valutazione dei rischi); il secondo, costituito dalla mancata previsione – nel novero di rischi alla cui neutralizzazione le cautele suddette sono funzionalizzate – delle cd. “malattie professionali” – la cui rilevanza sul piano penalistico sembrerebbe attribuirsi solo in riferimento alle fattispecie codicistiche di lesioni personali.

Tuttavia, occorre notare come, in realtà, la recente “riscoperta” giurisprudenziale della fattispecie *ex art. 437 c.p.* nelle più recenti e clamorose vicende giudiziarie (si pensi – per citarne alcuni – ai casi *Ethernit, Ilva, Porto Marghera, Thyssenkrupp*) si sia accompagnata ad un “graduale, ma irreversibile, processo di dilatazione ermeneutica” che, ponendosi talora in palese contrasto con il principio costituzionale di legalità-tassatività, si è mosso soprattutto lungo due direttrici: in primo luogo, la condotta tipica è stata ampliata mediante un’estensione degli oggetti materiali della condotta (apparecchi, dispositivi, segnali) – valorizzando oltre misura il riferimento al generico obbligo di sicurezza di cui all’art. 2087 c.c. – nonché sovente finendo per sovrapporre la condotta del delitto in esame con quella delle numerose contravvenzioni *extra codicem*; in secondo luogo, tramite l’impiego della controversa figura della “malattia-infortunio”, si è tentato di ricomprendere (seppur parzialmente) nel cono proiettivo delle misure di prevenzione rilevanti anche le malattie professionali.⁵⁵⁶

In primis, occorre quindi soffermarsi sulle nozioni di impianti, apparecchi e segnali: per impianti s’intendono apparati complessi e strutturati (ad es. l’impianto di estinzione degli

⁵⁵⁴ D. CASTRONUOVO, V. FELISATTI, *Dispositivi di prevenzione*, op. cit., p. 3589.

⁵⁵⁵ Il principio è stato affermato dalla nota pronunzia del Trib. di Venezia relativa al disastro del petrolchimico di Porto Marghera (cfr. Trib. Venezia 29.5.2002, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2002, p. 219).

⁵⁵⁶ D. CASTRONUOVO, V. FELISATTI, op. ult. cit., p. 3580.

incendi); l'apparecchio è invece un congegno funzionale alla corretta e sicura esplicazione dell'attività o alla protezione dal contatto con parti in movimento o con sostanze di una qualche guisa aggressiva (ad es. ponteggi, tavole fermapiedi etc.); infine, il segnale consiste in uno strumento di comunicazione di situazioni rischiose o di modalità di lavorazioni che ne garantiscono la sicurezza (ad es. la segnaletica dei cantieri)⁵⁵⁷. Sembrerebbero quindi ricomprese le sole cautele di tipo "oggettivo" – ovvero strumenti di carattere fisico-meccanico, legate all'antica concezione "tecnologica" di sicurezza, accolta dalla previgente disciplina introdotta dai decreti delegati degli anni '50 (cfr. supra): nessuna rilevanza può dunque essere attribuita alle cautele di tipo soggettivo ed organizzativo, così tanto enfatizzate dalla vigente disciplina, nell'ottica del perseguimento di finalità di prevenzione primaria, ovvero di neutralizzazione dei rischi alla fonte.⁵⁵⁸ Per di più, la "corrispondente" fattispecie colposa prevista all'art. 451 c.p. copre un novero di cautele ancor più ristretto, nella misura in cui essa ha ad oggetto "apparecchi o altri mezzi destinati alla estinzione di un incendio o al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro": si tratta delle sole misure (sempre oggettive) dirette a contenere le situazioni in cui il pericolo si materializza.⁵⁵⁹

Un altro punto critico è costituito dalla controversa collocazione sistematica della fattispecie, ed ai corrispondenti dubbi ermeneutici in relazione all'individuazione dell'oggettività giuridica del reato: si tratta pur sempre di un delitto contro la pubblica incolumità mediante violenza, in quanto previsto nell'ambito del Capo I del Titolo VI del c.p.: sebbene il bene giuridico protetto dalle norme contenute nell'ambito del Titolo VI sia l'incolumità pubblica, la consolidata interpretazione giurisprudenziale riconosce che la fattispecie ex art. 437 c.p. possa integrarsi anche in assenza di un pericolo collettivo di disastro con diffusività quantitativa e qualitativa indeterminata.⁵⁶⁰ È infatti ritenuto sufficiente il possibile verificarsi di un evento dannoso di minore gravità, quale l'infortunio individuale, inteso come evento lesivo la cui offensività può coinvolgere anche una sola persona, purché tale soggetto resti *ex ante* indeterminato.⁵⁶¹ A tale conclusione si perviene valorizzando il

⁵⁵⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 148.

⁵⁵⁸ F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 373.

⁵⁵⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 149; in senso analogo F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 373;

⁵⁶⁰ *Ex multis* cfr. Cass. pen., sez. I, 20.1.2016, n. 18168; Cass. pen., sez. IV, 12.7.2012, n. 41184; Cass. pen., sez. I, 24.4.2008, n. 17214; Cass. pen., sez. I, 23.3.2007, n. 12464; Cass. pen., sez. I, 20.2.2006, n. 6393; Cass. pen., sez. I, 8.10.2002, n. 37116.

⁵⁶¹ D. CASTRONUOVO, V. FELISATTI, op. ult. cit., p. 3581;

collegamento funzionale degli apparati rispetto agli eventi alternativi di disastro ovvero di infortunio. Se infatti per “disastro” si deve intendere *«un macro-evento di immediata manifestazione esteriore che si verifica in un arco di tempo ristretto ovvero in un macro-evento non visivamente ed immediatamente percepibile, che si realizza in un periodo molto prolungato, i quali producano una compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività tale da determinare una lesione della pubblica incolumità»* – per converso – *«l'infortunio sul lavoro è l'accadimento che pone in pericolo oppure determina la lesione del bene della integrità psico-fisica o della vita di uno o più persone fisiche nel contesto dell'attività lavorativa. La diversità del soggetto passivo, l'uno di natura collettiva e l'altro di natura individuale, segna la più evidente linea di demarcazione tra i due concetti. I quali non possono essere utilizzati ecletticamente o come fungibili tra loro.»*⁵⁶²

dalla diversa natura degli eventi di disastro ed infortunio e dei correlati soggetti passivi, nel primo caso necessariamente di natura collettiva e nel secondo di natura individuale, è opinione condivisa che l'oggettività giuridica protetta dall'art. 437 c.p. – anche sulla base del riferimento spaziale e funzionale della norma, circoscritto al luogo di lavoro (dato desumibile in primis dalla rubrica del medesimo articolo: “rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro”) – consti in una specificazione del genus “pubblica incolumità”, sostanziandosi nella “incolumità sul lavoro”. Ne consegue che il carattere di indeterminabilità soggettiva che contrassegna la nozione di “comune pericolo” debba in tali casi rinvenirsi nella sostituibilità o fungibilità, anche accidentale, della persona o delle persone potenzialmente esposte.⁵⁶³

Tale moderna concezione dell'oggettività giuridica, tuttavia, non è sempre stata pacificamente acquisita. A tal proposito, si deve riportare una diversa lettura che, in ragione della collocazione sistematica della fattispecie nel titolo dedicato ai delitti contro l'incolumità pubblica, ritiene necessaria la diffusibilità del danno in direzione di un numero notevole di individui, o comunque una prognosi che coinvolga più persone ovvero un numero indeterminato di persone. Si tratta di una tesi non condivisibile, per le motivazioni poc'anzi

⁵⁶² Cass., sez. IV, sent. 14 novembre 2017 (dep. 16 aprile 2018), n. 16715, Pres. Blaiotta, Est. Dovere.

⁵⁶³ Ex multis, si consideri Cass. Pen., Sez. I, ud. 20 gennaio 2016, n. 18168 – a mente della quale “per la configurabilità del reato di cui all'art. 437 cod. pen. (omessa collocazione di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro), il pericolo presunto che la norma in esame intende prevenire non deve necessariamente interessare la collettività dei cittadini o, comunque, un numero rilevante di persone, potendo esso riguardare anche gli operai di una piccola fabbrica, in quanto questa norma prevede anche il pericolo di semplici infortuni individuali sul lavoro e tutela anche l'incolumità dei singoli lavoratori”.

addotte. Tuttavia, essa non costituì sin d'all'inizio una posizione minoritaria. Secondo un orientamento (non troppo) risalente, difatti, traendo spunto dalla predetta argomentazione di natura sistematica, si finiva per escludere dall'ambito di applicazione del 437 c.p. quei fatti che si fossero verificati in aziende di piccole dimensioni, ove si riteneva che fosse obiettivamente esclusa l'insorgenza di un pericolo per l'incolumità pubblica⁵⁶⁴. Ciò a voler sottolineare, a maggior riprova, le significative problematicità, sia su un piano strutturale che sistematico, che contrassegnano la fattispecie in esame.

Venendo alle specifiche modalità con cui deve prodursi l'offesa, seppur la questione ha destato notevoli dibattiti, il delitto in esame dev'essere ricondotto alla categoria dei reati di pericolo astratto: lo si desume dalla peculiare formulazione della fattispecie. In particolare, la pericolosità è presunta in relazione al verificarsi di un "indicatore tipico" di pericolosità, descritto dalla norma stessa, consistente nella mancata collocazione degli apparecchi, impianti o segnali diretti a prevenire la verifica di disastri o di infortuni, e dunque, a partire dall'assenza delle cautele necessarie al governo di rischi potenzialmente distruttivi in una dimensione macroscopica.⁵⁶⁵ In altre parole, il pericolo assume rilievo quale presupposto della condotta (per la fattispecie commissiva) ovvero quale situazione tipica che attualizza l'obbligo giuridico di apporre gli apparati (per l'ipotesi omissiva): la pericolosità effettiva dovrà perciò valutarsi in riferimento alla specifica funzione preventiva dei mezzi cautelari, ricavabile solo mediante un previo accertamento in concreto della potenzialità lesiva di una determinata situazione lavorativa, al quale faccia seguito la individuazione delle misure tecniche esigibili necessarie allo scopo.⁵⁶⁶ Pertanto, al fine di valorizzare al massimo il principio di offensività in concreto, deve ritenersi che: I) gli strumenti prevenzionistici indicati dall'incriminazione possano essere esclusivamente quelli dotati di un ruolo significativo ed altamente specifico, da valutarsi in relazione alla tipologia di lavorazione oggetto della fattispecie concreta; II) laddove non possa rivenirsi nemmeno una possibilità (intesa in termini probabilistici e valutata ex ante) di verifica di un danno, il fatto non sussiste, nemmeno laddove dovesse riscontrarsi la mancanza dei suddetti apparati, poiché si tratterebbe di un'ipotesi di reato impossibile ex art.

⁵⁶⁴ C. 10.10.1995, Yu Fang Jian, CP 1996, 2973; C. 4.5.1989, Micalizzi, CED 181921, CP 1990, 1939; C. 12.1.1984, Bucarini, CED 165326, Gpen 1985, II, 37; C. 18.5.1982, Psaradelis, CED 155029, RP 1983, 539; C. 6.12.1979, Cipriani, CED 145567, CP 1981, 1263; C. 22.10.1979, Zedda, CED 144760, MGL 1981, 83; C. 13.10.1978, Morelli, CED 140796, RIDPP 1980, 254.

⁵⁶⁵ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 153-154; Di diverso avviso è F. CONSULICH, secondo cui il delitto in questione dev'essere ricondotto alla categoria dei reati di pericolo concreto (F. CONSULICH, op. ult. cit., p. 378).

⁵⁶⁶ D. CASTRONUOVO, *Dispositivi di prevenzione*, op. cit., p. 3585.

49 c.p. (si tratta del caso in cui manchi, sia danneggiato o venga rimosso l'apparecchio, l'impianto o il segnale astrattamente obbligatorio – ma il sito produttivo sia inattivo). Ad un esito analogo si dovrebbe pervenire pure nel caso in cui si accerti che l'efficacia preventiva degli apparati, per qualsiasi contingente ragione, dovesse risultare del tutto inefficace a scongiurare o arginare il pericolo.⁵⁶⁷ Infine, dalle considerazioni svolte supra in merito alla necessaria natura "impersonale" e "super-individuale" dell'oggettività giuridica protetta dalla norma, segnatamente in riferimento al requisito della "diffusività del pericolo" – si deve tendenzialmente escludere che possa rilevare l'assenza di strumenti basilari e semplici di protezione quali guanti, scarpe e simili, nella misura in cui non si possa rilevare l'esposizione al pericolo di una "collettività lavorativa" – in una modalità tale da far sì che si possa prospettare un indeterminata estensione del pericolo.⁵⁶⁸

Ma che cosa deve intendersi per "collettività lavorativa"? Orbene, in merito all'ambito soggettivo di tutela delineato dalla fattispecie, l'opinione prevalente è che esso vada delimitato in funzione del luogo di lavoro, ossia del contesto ambientale al quale si riferisce l'esigenza preventiva fatta propria dalla disposizione⁵⁶⁹: deve pertanto ritenersi che la protezione non sia limitata ai soli lavoratori, ma a quanti si trovino sul posto di lavoro per svolgervi compiti connessi in qualsiasi modo all'attività lavorativa (lavoratori in transito, proprietari, soci, sindacalisti, ispettori). Tuttavia, diverse sono le opinioni in merito alla possibilità di prendere in considerazione soggetti estranei ovvero coloro che, senza alcuna necessità inerente all'attività produttiva, si introducano nel luogo di lavoro esposto al pericolo. In ogni caso, non vi è alcun dubbio che il pericolo per la pubblica incolumità debba prodursi "all'interno" e, solo eventualmente, coinvolgere l'ambiente "esterno"⁵⁷⁰.

Quest'ultima impostazione è pure confermata dalla peculiare "architettura" che i più noti processi relativi a malattie da esposizione professionali hanno assunto: veniva difatti contestata la fattispecie *ex art. 437 c.p.* in relazione al "disastro aziendale", e pertanto, al

⁵⁶⁷ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 153.

⁵⁶⁸ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 154; in giurisprudenza cfr. *Cass. Pen., Sez. I*, 23 gennaio 2018, n. 4890, in *CED cass.* n. 276164.

⁵⁶⁹ In questo senso, si veda da ultimo *Cass. pen., Sez. I* del 20.1.2016, n. 18168, secondo cui: «*ai fini della configurabilità dell'ipotesi delittuosa descritta dall'art. 437 cod. pen., è necessario che l'omissione, la rimozione o il danneggiamento dolosi degli impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire infortuni sul lavoro si inserisca in un contesto imprenditoriale nel quale la mancanza o l'inefficienza di quei presidi antinfortunistici abbia l'attitudine, almeno astratta, anche se non abbisognevole di concreta verifica, a pregiudicare l'integrità fisica di una collettività di lavoratori, o, comunque, di persone gravitanti attorno all'ambiente di lavoro*».

⁵⁷⁰ D. CASTRONUOVO, op. ult. Cit., p. 3583.

pericolo per l'incolumità dei lavoratori operanti negli stabilimenti; mentre invece, con riferimento ai luoghi *extra*-lavorativi, veniva aggiunta all'imputazione la fattispecie di disastro "innominato" ex art. 434 c.p. – che, come si vedrà più avanti, ha un fuoco d'applicazione più ampio.⁵⁷¹

Per quel che concerne l'elemento soggettivo, la fattispecie richiede la sussistenza del dolo: la rubrica reca infatti "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro". Tuttavia, non è pacifico quali elementi debbano costituire l'oggetto della volizione dell'agente – specialmente per quel che concerne la fattispecie omissiva – nella misura in cui la loro esatta determinazione dipende dalla natura del pericolo che si ritenga esser tipizzata dalla fattispecie (concreto, astratto o presunto). In ogni caso, data la pressoché costante opinione giurisprudenziale secondo cui il cpv configuri una circostanza aggravante, è certo che il fuoco del dolo non debba ricomprendere anche il nesso causale e gli eventi di "disastro" o "infortunio" che eventualmente possano verificarsi in conseguenza della condotta, rispetto ai quali – tuttavia – deve sussistere per lo meno l'elemento soggettivo colposo⁵⁷² (trattandosi, com'è noto, di un'ipotesi di dolo mista a colpa).

Pertanto, coerentemente all'inquadramento qui proposto del reato in termini di pericolo astratto, ai fini della sussistenza del dolo – segnatamente per quel che concerne la fattispecie omissiva – dovrà verificarsi che l'agente possedesse la consapevolezza dei presupposti normativi e fattuali che, disegnando i contorni della "situazione tipica", fanno sorgere la pretesa obbligatoria disattesa: non serve che il soggetto attivo voglia e sia consapevole del pericolo che ne possa derivare, bastando infatti la «*coscienza e volontà di omettere le cautele prescritte, che abbiano una destinazione di prevenzione di disastri o infortuni, nonostante la consapevolezza di tale destinazione e, quindi, pur rappresentandosi il pericolo per la sicurezza dell'ambiente di lavoro e dell'incolumità delle persone*».⁵⁷³

⁵⁷¹ Si tratta, ad esempio, del noto caso *Ethernit* (cfr. Cass. Pen., Sez. I, del 19.11.2014, n. 1292, *Schmidheiny*). In motivazione, la Corte ricostruisce l'imputazione contestata ai due imputati, evidenziando come il capo A) riguardasse l'art. 437 c.p. in relazione alle condotte omissive interne agli stabilimenti Eternit e alle conseguenti malattie-infortunio (ricondotte alla nozione di "infortunio" e non già di "disastro" ex 437 c.p.), mentre il capo B) concernesse l'art. 434 c.p., riferito al disastro ambientale — interno ed esterno — derivante dalla prolungata dispersione di fibre di amianto e dalle ulteriori omissioni gestionali e informative, con esposizione «incontrollata, nociva e a tutt'oggi perdurante» (p. 16).

⁵⁷² Cass. Pen., Sez. Unite, 12 ottobre 1993, n. 7481, *Domeniconi*.

⁵⁷³ Cass. Pen., Sez. I, 20.02.2006, n. 6393.

Una ulteriore problematica, strettamente attinente alla collocazione sistematica e alla tipizzazione della fattispecie di cui si tratta, consiste – come si è accennato *supra* – all’assenza della previsione espressa della “malattia professionale” fra gli eventi che gli apparati (significativi *ex art.* 437 c.p.) sono finalizzati a prevenire. A tal proposito, le rispettive nozioni positive di “infortunio” e di “malattia professionale” sono contenute nell’ambito del Capo II del Titolo I – rubricato “oggetto dell’assicurazione” – del d.P.R. 1124/1965 (“Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali”).

La prima viene enunciata dall’art. 2 del T.U. – il quale dispone che: “l’assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un’inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un’inabilità temporanea assoluta che importi l’astensione dal lavoro per più di tre giorni”.

La seconda è prevista dal successivo art. 3 del T.U. – il quale dispone che: “l’assicurazione è altresì obbligatoria per le malattie professionali [...], le quali siano contratte nell’esercizio e a causa delle lavorazioni [...]”.

Anzitutto, occorre soffermarsi sulle differenze intercorrenti fra le nozioni di “occasione di lavoro” (art. 2 T.U.) e “causa di lavoro” (art. 3 T.U.): la prima condiziona l’accesso alla tutela assicurativa all’origine professionale del rischio, la seconda implica un rapporto immediato e diretto tra lavoro e lesione. La nozione di “causa di lavoro” – pertanto – distingue la malattia dall’infortunio per due elementi principali: anzitutto, la malattia richiede la sussistenza di un nesso di causalità tra la lesione e l’attività lavorativa in una prospettiva di diretta e immediata derivazione causale; in secondo luogo, la malattia presuppone una causa non violenta, ma lenta, rappresentando l’effetto di una graduale azione di fattori morbigeni insiti nella natura stessa della lavorazione. Nel trattare di occasione lavoro, per converso, si è dinanzi ad una derivazione causale composta da diversi fattori che si possono porre anche in modo indiretto e mediato rispetto all’evento.⁵⁷⁴

Ne consegue che, ai fini della configurabilità di un’occasione lavoro, il fatto determinante l’infortunio deve rientrare effettivamente nell’ambito del lavoro affidato ovvero

⁵⁷⁴ M. GIOVANNONE, *Tutela previdenziale e responsabilità datoriale del rischio professionale, Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 297.

“delle necessità di vita” immediatamente connesse all’attività lavorativa⁵⁷⁵. Inoltre, la nozione di “causa violenta” deve intendersi come antecedente causale dannoso ed esteriore che agisce sull’organismo umano con azione rapida, concentrata in un breve arco temporale. Il requisito della exteriorità, implicito nell’attributo “violenta”, rinvia alla necessità che il fattore che produca l’infortunio agisca “dall’esterno” e si produca in connessione con le condizioni particolari di svolgimento del lavoro.⁵⁷⁶

Vi è infine un *tertium genus* intermedio, costituito dalla nozione di elaborazione giurisprudenziale costituita dalla cd. “malattia-infortunio”. Si tratta di fattispecie di infortunio ove la causa violenta è rappresentata – secondo la giurisprudenza civilistica – dall’azione «*...di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinano l'alterazione dell'equilibrio anatomico-fisiologico, sempreché tale azione, pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche in difetto di una specifica causa violenta alla base dell'infezione*»⁵⁷⁷.

Ebbene, poiché la nozione di “infortunio” costituisce oggetto del raggio prevenzionistico degli apparati di cui al 1° c. dell’art. 437 c.p. – mentre invece la sua verifica integra l’aggravante di cui al 2° c. – viene in rilievo la questione del se o meno possa ricomprendersi in tale concetto anche la summenzionata “malattia-infortunio” – e in caso affermativo, in quali termini. La giurisprudenza penale, secondo un indirizzo piuttosto consolidato, risponde in senso affermativo. Per cui – nella nozione di “infortunio” – deve ricomprendersi pure quella di “malattia-infortunio”, vale a dire un’affezione imputabile all’azione lesiva, prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica, ecc.) diversi da quelli meccanico-fisici, purché presenti nell’ambiente di lavoro e idonei a superare l’opposizione della potenziale vittima e a produrre l’effetto offensivo senza la “cooperazione” di quella.⁵⁷⁸ Vengono escluse le malattie professionali in senso stretto, ovverosia quelle

⁵⁷⁵ Il riferimento è all’articolo 12 del d. lgs. n. 38 del 2000 – rubricato “infortunio in itinere” – il quale dispone che “[...] Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l’assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. [...]”

⁵⁷⁶ M. GIOVANNONE, op. ult. cit., p. 298.

⁵⁷⁷ Cass. civ., Sez. Lav. del 15.04.2005, n. 9968. Nello stesso senso cfr. *ex multis* Cass. Civ., Sez. Lav. del 8.04.2004, n. 6899; Cass. civ., Sez. Lav. del 1.06.2000, n. 7306; Cass. civ., Sez. Lav. del 27.06.1998, n. 6390. Per quel che concerne l’impiego del concetto in ambito penale, esso dev’essere fatto risalire a *Trib. Padova, Sent. del 13.2.1978*.

⁵⁷⁸ Cass. Pen., Sez. IV, ud. 21 settembre 2016, n. 39213, Ferrentino; Cass. pen., Sez. I, Sent., ud. 20.11.1998, n. 350, secondo cui «*a differenza delle malattie professionali in senso stretto, che consistono in manifestazioni*

consistenti in manifestazioni morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro e che non sono prodotte da agenti esterni⁵⁷⁹.

Tale orientamento, come si è già avuto modo di notare, rasenta l'analogia *in malam partem*: la mancata previsione delle malattie professionali nell'ambito dell'art. 437 c.p. sembra infatti il risultato di una precisa scelta politico-criminale del legislatore. A sostegno di quanto affermato, occorre valorizzare l'inserimento della fattispecie nel Capo I – dedicato ai delitti di comune pericolo mediante violenza. Seppur la distinzione fra reati di comune pericolo mediante violenza e mediante frode, come si è visto, sia stata oggetto di differenti opinioni, occorre ribadire come – impiegando l'interpretazione teleologica proposta dalla Consulta – le fattispecie “disastrose” del Capo I si caratterizzino per fondarsi su pericoli generati da una violenza fisica esterna, tendenzialmente immediata ed esplosiva (magari anche solo per quel che concerne la loro manifestazione finale, si pensi ad es. alla frana), tipica dei macro-danneggiamenti (come ad es. l'incendio), che si propagano rapidamente e colpiscono una pluralità indeterminata di persone; quelli del Capo II, invece, sono connotate da modalità di produzione dell'offesa insidiose e occulte (ad es. l'avvelenamento di acque o sostanze alimentari ex art. 439 c.p.), ove il pericolo per la salute pubblica si rende oggettivamente impercettibile e, pertanto, diffusivo non tanto per la sua dirompenza, ma bensì, per la sua invisibilità (cfr. *supra*). Orbene, in riferimento alle “malattie-infortunio”, mancherebbero quindi i due elementi caratteristici dei delitti di comune pericolo mediante violenza: da un lato, la

morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro e che non sono prodotte da agenti esterni - "la malattia-infortunio" va intesa come sindrome morbosa insorta in esecuzione di lavoro e prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica, ecc.), evitabile con determinati accorgimenti.» Cass. Pen., Sez. IV, ud. 20 novembre 1998, n. 12155, Mantovani; Cass. Pen., Sez. IV, ud. 9 luglio 1990, n. 8150, Chili – secondo la quale «L'interesse tutelato dalla norma di cui all'art. 437 c.p. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) è quello della pubblica incolumità, sempre, qualora, dal comportamento dell'agente, attivo od omissivo che sia, possa derivare un infortunio o un disastro. Pertanto ai fini della configurabilità del delitto, tra gli infortuni rientrano le «malattie-infortunio», intendendosi per tali le sindromi morbose imputabili all'azione lesiva di agenti diversi da quelli meccanico-fisici, purché insorte in esecuzione di lavoro. Esse rientrano tra quelle professionali in senso lato ma non le esauriscono, mentre nelle malattie professionali in senso stretto rientrano tutte quelle manifestazioni morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro ma che non siano prodotte da agenti esterni. Rientra pertanto nella previsione normativa dell'art. 437 c.p. la condotta di chi ometta di collocare in ambiente lavorativo impianti di aspirazione idonei ad impedire che agenti esterni chimici «aggregiscano» il fisico di chi sia ad essi esposto».

⁵⁷⁹ In particolare, su un piano sistematico, occorre tener distinta la nozione di “malattia-infortunio” da quella di “epidemia” – costituente un'autonoma fattispecie di comune pericolo mediante frode (art. 438 c.p.) – la quale si produce per tramite la diffusione di “germi”, ossia microrganismi in grado di produrre malattie infettive. Si deve quindi trattare, ai fini della “malattia-infortunio”, di sostanze chimiche, radioattive, elettriche etc. che tuttavia non costituiscano “agenti biologici” (ad es. il virus covid-19 contratto a causa della mansione svolta durante il lavoro è da considerarsi malattia professionale in senso stretto).

“natura violenta” della scaturigine causale; dall’altro, la presenza di un macro-evento definito in un ben individuato contesto spaziale e temporale.

Secondo le argomentazioni addotte in giurisprudenza, al contrario, si afferma che l’intitolazione del capo è un dato pleonastico, vagamente classificatorio e non strettamente prescrittivo, con la conseguenza ulteriore che per “disastro” (nozione che, come si è visto, condensa in sé i caratteri del “comune pericolo mediante violenza”) si deve intendere anche quello sanitario, quello cioè che implica il pericolo di una malattia o quello ambientale.⁵⁸⁰

per quel che concerne la fattispecie di cui al c. 1° nella sua variante omissiva, essa viene considerata dalla prevalente giurisprudenza alla stregua di un reato permanente: il momento consumativo viene quindi ricondotto alla cessazione della permanenza del pericolo, coincidente alternativamente: I) al venir meno della posizione di garanzia; II) al momento in cui il dispositivo omesso venga collocato ovvero non sia più utilmente collocabile (ovverosia, il momento in cui la sussistenza del pericolo non sia più “dominabile” tramite l’apposizione di quest’ultimo).⁵⁸¹

Tuttavia, notevoli problematicità si pongono in relazione alla certa determinazione del momento consumativo dell’ipotesi aggravata di cui al c. 2°, laddove essa venga considerata una fattispecie autonoma, o comunque, si dovesse ritenere che il momento consumativo coincida con la verifica dell’evento: laddove si dovesse accogliere una simile interpretazione, il momento consumativo coinciderebbe con il momento di verifica del disastro o dell’infortunio, anche laddove questi si verificassero a lunghissima distanza temporale dalla condotta. Inoltre, poiché nella nozione di “infortunio” viene ricompresa quella di “malattia-infortunio”, le incertezze sarebbero ulteriormente amplificate nella misura in cui i criteri per l’individuazione del *tempus commissi delicti* rischierebbero di divenire arbitrari.

In via ipotetica, si potrebbe infatti ritenere che il reato si consumi: I) al momento dell’esposizione iniziale al fattore esterno – ma un reato d’evento non può ritenersi consumato prima che lo stesso si verifichi nel caso in cui si consideri l’ipotesi aggravata quale autonoma fattispecie; II) al momento dell’insorgenza biologica della malattia-infortunio individuale, ma in questo caso – oltre all’impossibilità della sua esatta determinazione sul piano scientifico-biologico – si rischierebbe di oscurare la natura di reato contro la pubblica incolumità del 437

⁵⁸⁰ R. BLAIOTTA, op. ult. cit., p. 168.

⁵⁸¹ Cass. pen., Sez. IV, Sent. 14 novembre 2017, Cirocco, in *CED Cass.* n. 273098.

c.p. (bene super-individuale), nonché di rendere di fatto imprescrittibile il reato nel caso in cui le malattie-infortunio possano continuare a manifestarsi anche a distanza di anni dalla prima esposizione; III) al momento della diagnosi clinica della malattia-infortunio, ma – in questo caso – si finirebbe con l’assoggettare il momento consumativo del reato a circostanze fortuite, nonché di rendere di fatto imprescrittibile il reato per le medesime ragioni addotte in relazione all’ipotesi di cui al punto II). La giurisprudenza ha accolto la prima delle ipotesi prospettate, specificando che il reato *ex art. 437 c. 2°* si consuma in prossimità dell’inizio dell’esposizione all’agente nocivo e, nel caso di esposizione durevole, deve farsi riferimento al più anteriore tra il tempo della cessazione dell’esposizione della persona offesa all’agente nocivo e il tempo della cessazione dell’imputato dalla posizione di garanzia.⁵⁸²

Problematiche simili si sono poste in relazione all’elaborazione giurisprudenziale relativa alla fattispecie di disastro cd. innominato, ed in particolare, alla possibilità di individuare nella nozione “altro disastro” una fattispecie di “disastro aziendale” ovvero di “disastro sanitario” – e perciò – si ritiene necessario operare una breve disamina della suddetta.

5.2.2. Il disastro innominato

La fattispecie di disastro cd. “innominato” è delineata nel vigente Codice, nella sua formulazione dolosa, dall’art. 434 c.p. – rubricato “crollo di costruzioni o altri disastri dolosi” – il quale punisce con la pena della reclusione da uno a cinque anni “chiunque, fuori dai casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare [...] un altro disastro [...], se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità”. Al c. 2° si prevede che, se il disastro avviene, la pena è aumentata (reclusione da tre a dodici anni).

La sua *ratio* consisteva proprio nella necessità di colmare, all’interno del sistema dei delitti di comune pericolo, ed in particolare, dei disastri cd. nominati di cui al Capo I, quelle “zone d’ombra” che il legislatore del 1930 prevedeva potessero emergere in ragione dell’evoluzione tecnologica e industriale⁵⁸³: una clausola elastica, destinata a intercettare quegli

⁵⁸² Cass. pen., Sez. IV, Sent., 12 novembre 2019, n. 45935 – secondo cui «*In materia di determinazione del dies a quo del termine di prescrizione del reato di cui all’art. 437 c.p., comma 2, ove l’evento aggravatore venga accertato essere l’infortunio, sub specie di malattia-infortunio, e segnatamente il mesotelioma asbesto-correlato, tale dies a quo coincide con un tempo prossimo all’inizio dell’esposizione all’agente nocivo; nel caso di esposizione durevole, deve farsi riferimento al più anteriore tra il tempo della cessazione dell’esposizione della persona offesa all’agente nocivo e il tempo della cessazione dell’imputato dalla posizione gestoria*».

⁵⁸³ All’interno dei Lavori preparatori del Codice penale si legge, infatti, che la norma era stata prevista allo scopo di «colmare ogni eventuale lacuna che, di fronte alla multiforme varietà dei fatti, possa presentarsi nelle norme concernenti la tutela della pubblica incolumità, in considerazione anche dello sviluppo assunto dalla attività

eventi distruttivi non riconducibili alle figure nominate, ma pur sempre caratterizzati da un'improvvisa e violenta deflagrazione del pericolo, tipica degli incidenti meccanici o tecnologici che il progresso dell'epoca lasciava intravedere.⁵⁸⁴

Dalla clausola di riserva espressa (“fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti”) si evince a chiare lettere il ruolo sussidiario affidatole dal legislatore. Si tratta infatti di una fattispecie concepita a valere quale disposizione di chiusura per fatti atipici che, pur non rientrando fra le ipotesi delittuose di comune pericolo mediante violenza espressamente normate, ne presentino tuttavia le medesime caratteristiche, sia dal punto di vista strutturale che teleologico: il “disastro innominato” resta pur sempre un “disastro”. La nozione, pertanto, si compone di due caratteri concorrenti: il primo, di natura quantitativa, tale per cui esso deve consistere in un evento distruttivo e macroscopico, in grado di produrre conseguenze dannose di dimensioni certamente gravi, complesse, estese e difficilmente contenibili; il secondo, di natura qualitativa, per cui questo debba necessariamente riconnettersi – seppur in termini probabilistici – ad una lesione della pubblica incolumità.⁵⁸⁵

Il “fatto diretto a cagionare” – sul piano strutturale – costituisce l'antecedente logico della verifica del disastro di cui al capoverso della disposizione in commento, intercorrendo fra le previsioni dei due commi una modificazione meramente quantitativa e non qualitativa dell'evento previsto nella fattispecie base: le ipotesi di cui al c. 1° e 2° si pongono pertanto in rapporto di sussidiarietà unilaterale (per specificazione o aggiunta), e pertanto, la fattispecie aggravata non viene ritenuta dalla giurisprudenza prevalente un'autonoma figura di reato.⁵⁸⁶ In altre parole, la verifica del disastro consiste nella completa concretizzazione di quelle condotte che il legislatore ha ritenuto di punire in via anticipata, “in uno stadio di incompleta realizzazione”, di mero “tentativo”, configurando al 1° comma un reato di “pericolo di pericolo”.⁵⁸⁷

industriale e commerciale» cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del Codice penale*, V, 2, Roma, 1929, p. 211.

⁵⁸⁴ D. BRUNELLI, *Il disastro populistico, I mille volti del disastro* (a cura di A. GARGANI, D. BRUNELLI, S. CORBETTA, G. RUTA), in *Criminalia*, 2014, p. 261;

⁵⁸⁵ A. GARGANI, *Disastro ambientale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 21; R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 171

⁵⁸⁶ *Ex multis*: Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio 2012, Tedesco; Cass. Pen, Sez. III, 14 luglio 2011, n. 46189, Passariello; Cass. Pen. Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini; Cass. Pen. Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36626, Mazzei.

⁵⁸⁷ A. GARGANI, *Disastro ambientale*, op. cit., p. 20;

Tuttavia, la fattispecie di disastro innominato – a differenza di quanto accada in riferimento al reato *ex art. 437 c.p.* – viene pacificamente considerata un reato di pericolo concreto (sia per quel che concerne l'ipotesi di cui al c. 1°, sia pure – seppur non altrettanto pacificamente⁵⁸⁸ – per quel che concerne l'ipotesi aggravata di cui al c. 2°): lo si desume dalla sua espressa previsione nel c. 1° (“se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità”); nonché, in relazione al caso in cui il disastro si verifichi, dal fatto che il pericolo concreto deve comunque deve costituire oggetto di accertamento affinché quest'ultimo possa essere considerato tale *ex art. 434 c.p.*⁵⁸⁹

A sostegno di quanto affermato, si considerino inoltre gli stessi lavori preparatori al codice, laddove – innanzi alla proposta di inserire il requisito del pericolo per le persone tra gli elementi del c. 2° – il Guardasigilli osservò che «questa condizione è già posta dal Progetto nell'art. 440 [vigente art. 434], secondo cui la punibilità del fatto è subordinata alla condizione che dal crollo o da altro disastro derivi pericolo per l'incolumità pubblica; e nella nozione di incolumità pubblica, come ho chiarito nelle considerazioni generali, sono appunto fondamentali elementi la vita e l'integrità delle persone»⁵⁹⁰.

Per quel che concerne la condotta richiesta dal c. 1° - ovverosia la realizzazione di un fatto “diretto a cagionare [...] un altro disastro” – la dottrina prevalente riconduce il reato allo schema classico dei delitti di “attentato” – così denominati in quanto, allorché si sia verificato il comportamento illecito ma non il risultato lesivo perseguito dal soggetto agente, il reato deve considerarsi consumato. Orbene, di qui si ritiene che il fatto di cui al c. 1° corrisponda ad un fatto di tentativo: ai fini della sua integrazione sarebbe richiesto l'accertamento del duplice requisito dell'univocità e dell'idoneità degli atti a produrre l'evento previsto dalla norma (crollo totale o parziale di una costruzione, ovvero un “altro disastro”).⁵⁹¹ In particolare, per “univocità” si deve intendere l'oggettiva, riconoscibile, inequivocabile finalizzazione della

⁵⁸⁸ Il comma 2° – infatti – non include fra i suoi requisiti “espresi” l'accertamento del pericolo ai fini dell'integrazione del fatto di reato.

⁵⁸⁹ Al contrario, si veda G. ARDIZZONE, *Crollo di costruzioni e altri disastri dolosi*, in *Digesto pen.*, Torino, 1989, § 3, ove afferma che «è da ritenere in contrario che l'elemento del pericolo per la pubblica incolumità si trovi espresso nella disposizione normativa attraverso la qualifica di disastro che devono possedere ambedue i tipi di realizzazione considerati nel comma 2 dell'art. 434 c.p. (...) Il fatto diretto a un crollo è certamente intrinsecamente meno dannoso di un crollo. Tale differente dannosità materiale incide nel rapporto con il pericolo per la pubblica incolumità che è di intensità diversa a seconda che il crollo o il disastro sia avvenuto o meno».

⁵⁹⁰ *Relazione*, op. cit., p. 500.

⁵⁹¹ J. DE LILLO, *Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi: una disposizione dai contorni elastici*, in *Diritto penale. Parte speciale*, Tomo II, CEDAM, Milano, 2022, p. 3527.

condotta posta in essere al raggiungimento di un determinato risultato illecito, segnatamente, alla produzione dell'evento disastroso.

Da quest'ultimo rilievo deriva l'ulteriore conseguenza che, seppur l'effettiva verifica del disastro integri un aggravante, non vi è dubbio che esso debba costituire oggetto del dolo dell'agente: la volontà lesiva è implicata già nella fattispecie di attentato di cui al c. 1° e, naturalmente, non potrebbe non esserlo con riguardo all'esito oggetto di considerazione nella fattispecie aggravata. Allo stesso modo, poiché il pericolo per la pubblica incolumità è implicito nel requisito dell'idoneità della condotta, anch'esso dovrà pur sempre esser compreso nell'volizione dell'agente.⁵⁹²

Sempre in relazione alla direzione "finalistica" della condotta orientata alla produzione di un evento tipico, e alla struttura "causalmente orientata" della fattispecie si ritiene ammissibile l'applicabilità dell'art. 40 cpv del c.p. in funzione d'incriminazione dell'omesso impedimento del disastro da parte del titolare di una specifica posizione giuridica di garanzia;⁵⁹³ nonché si deve ritenere che, con riferimento allo specifico contesto lavorativo, possano venire in rilievo tutte le modalità di causazione dell'evento, purché idonee, non quindi necessariamente consistenti nell'omessa collocazione (o rimozione/danneggiamento) di apparati fisici obbligatori, così come invece accade in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 437 c.p.

Per questa motivazione pare infatti che l'art. 434 c.p. abbia un raggio d'applicazione molto più ampio, non soffrendo delle limitazioni d'applicabilità soggettiva ed oggettiva della fattispecie di cui all'art. 437 c.p., potendo anzi con essa concorrere.

Per quel che concerne, tuttavia, i fatti che nella visione originaria avrebbero dovuto essere ricondotti alla nozione di "altro disastro" – come si è già avuto modo di accennare – essi dovevano consistere in disastri "automobilistici" o, comunque, altri "incidenti" gravi che la tecnologia avrebbe potuto ingenerare, ma pur sempre consistenti in macro-eventi distruttivi prodotti improvvisamente e in un unico contesto spazio-temporale (si pensi al "crollo di una costruzione", ipotesi altresì contemplata dallo stesso art. 434 c.p.).⁵⁹⁴

⁵⁹² R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 173.

⁵⁹³ A. GARGANI, *incolumità pubblica (delitti contro la)*, op. cit., p. 583. J. DE LILLO, *Crollo di costruzioni*, op. ult. cit., p. 3528.

⁵⁹⁴ D. BRUNELLI, *I mille volti del disastro*, op. cit., p. 262.

Il primo caso di contestazione della fattispecie di “disastro innominato” avvenne in relazione alla nota vicenda dello scoppio del reattore dello stabilimento dell’Icmesa di Seveso, avvenuto nel 1976. In quell’occasione, il surriscaldamento di un reattore destinato alla produzione di triclorofenolo determinò lo scoppio di un disco di sicurezza collocato su un reattore, con la conseguente fuoriuscita in atmosfera (per la durata complessiva di 20 minuti) di una nube contenente TCDD, una diossina tra le più tossiche conosciute. La nube investì i comuni limitrofi, in particolare Seveso, provocando un grave inquinamento ambientale, numerosi casi di cloracne soprattutto tra i minori, l’abbattimento di migliaia di capi di bestiame e l’evacuazione forzata della popolazione nelle aree più contaminate. Insomma, si determinò un evento istantaneo, macroscopico, diffusivo: un disastro tecnologico, aderente allo schema originario del disastro innominato.⁵⁹⁵

La prima vera e propria innovazione nell’interpretazione dell’evento di “disastro innominato” si ebbe in relazione alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera: in quel contesto, emerse un quadro di gravissima contaminazione ambientale derivante dalle attività industriali del polo chimico, protrattesi per decenni in assenza di adeguate misure di prevenzione. Le indagini accertarono l’immissione continuativa nelle acque lagunari di sostanze altamente tossiche – tra cui CVM, diossine e metalli pesanti – con effetti dannosi sia sull’ecosistema sia sulla salute dei lavoratori e delle popolazioni residenti. Nello specifico, fu in questa sede che per la prima volta venne riconosciuta la legittimità di una diversa applicazione della fattispecie di disastro innominato, nel senso di ammettere la sussumibilità in siffatta ipotesi anche di fenomeni di lento e progressivo inquinamento di matrici ambientali quale conseguenza di un’attività industriale protrattasi per decenni.⁵⁹⁶

In tale occasione, discostandosi dalla posizione assunta dalla Corte d’Appello di Venezia, la Suprema Corte è venuta ad affermare che il disastro innominato potesse «*realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato, senza che si verifichi un evento disastroso*

⁵⁹⁵ A. GARGANI, *Disastro ambientale*, op. cit., p. 27.

⁵⁹⁶ Oggetto delle contestazioni all’epoca elevate dal P.M. Felice Casson, vi erano (nello specifico) due distinte ipotesi di “disastro innominato” colposo (ex art. 449 c.p.): la prima, riguardante il cd. “disastro interno” allo stabilimento, riferito cioè all’esposizione dei lavoratori a sostanze che ne avrebbero provocato il decesso o lesioni (sempre a proposito del “disastro interno” – venne contestato anche l’art. 437 c.p. in relazione specifica al pericolo, nonché agli eventi di “malattia-infortunio”, prodottasi a causa dell’omissione di cautele dirette a ridurre l’esposizione dei lavoratori alle sostanze tossiche e cancerogene); la seconda, inerente al cd. “disastro esterno”, diversamente riferito alla situazione di inquinamento ambientale dei siti su cui insisteva il petrolchimico (cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 75 s.)

*immediatamente percepibile e purché si verifichi quella compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività che consentono di affermare l'esistenza di una lesione della pubblica incolumità».*⁵⁹⁷

La sentenza di legittimità pronunciata nel successivo caso “*Eternit*”, ha contribuito a stabilizzare definitivamente la nozione di “disastro innominato a formazione progressiva” elaborata dal diritto vivente, e più in generale, a delineare i caratteri della fattispecie di cui all’art. 434 c.p.

In estrema sintesi, la Corte, affrontando la problematica questione del momento consumativo del reato ex 434 c.p. nella sua forma aggravata, ritiene che questa debba venire a coincidere con la realizzazione dell’evento “disastro”: dopo aver ribadito la già menzionata consolidatissima giurisprudenza che ritiene il comma 2° una mera aggravante, giunge infatti alla conclusione che – tuttavia – *«la considerazione della realizzazione del disastro alla stregua di aggravante non comporta [...] che, ai fini della individuazione della data di consumazione del reato e della decorrenza quindi dei termini di prescrizione, l’evento non debba essere considerato»* (p. 70).⁵⁹⁸

Pertanto, in linea con la natura di evento a formazione progressiva che la Corte sembra riconoscere all’art. 434 c.p., ella perviene alla conclusione che la consumazione, coincidente con la verifica del “disastro”, debba ricondursi al momento in cui cessano le condotte dirette a cagionarlo (nel caso specifico, coincidente nel momento in cui venne dichiarato il fallimento delle società del gruppo che gestivano gli stabilimenti che producevano le polveri d’asbesto), ovverosia al momento di massima pericolosità del disastro determinata per “accumulo” delle condotte protrattasi nel tempo.

⁵⁹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 19 maggio 2006, n. 4675 del 6 febbraio 2007, rel. Brusco, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2837.

⁵⁹⁸ La Corte distingue infatti fra tre regimi di imputazione dell’evento aggravatore: quelli per cui è indifferente che esso sia voluto (calunnia); quelli per cui l’evento è previsto come finalità originaria dell’agente (reati a consumazione anticipata); quelli in cui l’evento non deve essere né voluto né previsto perché costituirebbe in tale caso delitto autonomo, concorrente e autonomamente punibile (maltrattamenti, abbandono, omissione di soccorso). Sulla base di questa distinzione, si afferma poi che – dacché nei reati a consumazione anticipata (qual è il disastro innominato) l’evento “disastro” deve costituire oggetto della volizione dell’agente, e secondo l’opinione della Corte, egli “vuole” – già nel momento in cui compie la condotta – il risultato lesivo “massimo” (costituito dalla verifica del disastro e non già del pericolo di sua verifica). Perciò, il disastro (evento) costituisce un elemento tipico della fattispecie (seppur oggetto del dolo dell’agente ai fini della fattispecie d’attentato), e la sua verifica “sposta” pertanto il momento consumativo del reato (Cass., Sez. I pen., 19 novembre 2014, n. 7941, *Schmidheiny*, p. 70 e s.).

La negazione della necessaria natura “istantanea” dell’evento di disastro, a ben vedere, oltre a porre il problema della precisa individuazione della data di consumazione del reato, presenta l’ancor più significativa criticità di rendere sfumata la “linea di demarcazione” fra l’ipotesi aggravata di cui al c. 2° e il delitto di attentato di cui al c. 1°: confine, quest’ultimo, che la Corte segna in funzione del mero dato “quantitativo” consistente nell’entità del pericolo per la pubblica incolumità (p. 66). Ebbene, pare evidente che – alla fine dei conti – tale valutazione paia pur sempre rimessa alla mera discrezionalità (se non all’arbitrio) del giudice, in pieno contrasto con i principi di legalità e di colpevolezza. Una valutazione che, a maggior ragione, diviene essenziale nella misura in cui – nel caso venga riconosciuta l’aggravante – il minimo edittale viene triplicato, mentre il massimo più che raddoppiato.

5.2.3. Le fattispecie colpose di comune pericolo

Al fine di completare il quadro espositivo, occorre rivolgere l’attenzione a due fattispecie colpose di comune pericolo che – nel “microsistema” costituito dei reati contro la pubblica incolumità – assumono particolare rilievo: si tratta del delitto di “omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro” (art. 451 c.p.); nonché della fattispecie di cui all’art. 449 c.p. – rubricata “delitti colposi di danno”.

In relazione alla prima, a cui si è già fatto ampiamente riferimento, occorre sottolineare come questa non consti in una fattispecie simmetrica, nell’ambito colposo, del reato di cui all’art. 437 c.p. Rispetto a quest’ultima, infatti, il novero di cautele “rilevanti” è ulteriormente circoscritto a quelle dirette “all’estinzione di un incendio o al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro”: si tratta delle cautele cd. secondarie, già ricomprese (secondo l’impostazione che pare preferibile) nel genus di apparati significativi ex art. 437 c.p., ma che ricomprendono esclusivamente quelle dirette alla protezione delle persone nelle situazioni più critiche e svolgono, pertanto, un ruolo ancora più pregnante dal punto di vista della sicurezza degli agenti.

Un altro punto rilevante è il seguente: il reato è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa da 103 a 516 euro: insomma, si tratta di una fattispecie di fatto bagatellare, senza nemmeno che sia prevista un’ipotesi aggravata sul modello del 437 c. 2° c.p.

Per quel che concerne infine l’ipotesi di cui all’art. 449 c.p., essa punisce “Chiunque [...] cagiona per colpa [...] un altro disastro preveduto dal capo primo”. Ebbene, in questo caso si tratta senza alcun dubbio di una fattispecie colposa speculare a quella ex art. 434 c.p. Tuttavia, dal tenore letterale della norma, nonché dalla rubrica del reato di cui si tratta – “delitti colposi

di danno” – specialmente se confrontata con la successiva recante “delitti colposi di pericolo”, si evince che a differenza di quanto accada rispetto alla fattispecie *ex* 434 c.p., l’effettiva verifica del disastro non consista in una mera aggravante, ma bensì assurga ad elemento costitutivo del fatto tipico. La pena prevista in astratto, in questo caso, è più elevata rispetto a quella prevista dall’art. 451 c.p. (reclusione da uno a cinque anni), nonché coincidente alla stessa in relazione alla fattispecie d’attentato di cui all’art. 434 c.p.

5.2.4. L’inadeguatezza delle fattispecie di comune pericolo rispetto al mutato contesto regolativo:

Alla luce delle considerazioni svolte, il microsistema codicistico dei delitti di comune pericolo rilevanti in materia di sicurezza del lavoro mostra limiti strutturali che ne compromettono proprio la funzione che dovrebbe giustificare la persistenza: l’anticipazione della tutela. In astratto, gli artt. 437 e 451 c.p., in quanto fattispecie di pericolo e non di evento, parrebbero strumenti particolarmente adatti a presidiare la prevenzione primaria, anche in ragione della minore complessità dell’accertamento richiesto rispetto ai delitti di omicidio o lesioni. In concreto, però, la loro conformazione normativa e la loro collocazione sistematica ne riducono sensibilmente l’attitudine preventiva. L’inserimento nel Titolo VI del codice, dedicato ai delitti contro la pubblica incolumità, continua infatti a proiettare su tali disposizioni categorie pensate per il “comune pericolo” in senso classico – diffusivo, macroscopico, tendenzialmente violento – solo parzialmente compatibili con la più specifica e moderna dimensione della sicurezza del lavoro. Proprio le oscillazioni interpretative registratesi in ordine alla necessità o meno di un pericolo diffuso, alla natura del bene giuridico protetto e ai confini dell’evento tipico confermano che l’innesto della tutela antinfortunistica in un contesto sistematico costruito per la pubblica incolumità non è mai risultato del tutto lineare.

Tale scarto emerge in modo emblematico con riguardo all’art. 437 c.p. Oltre a rappresentare il primo e unico delitto doloso specificamente concepito per il contesto lavorativo – ove, come si è già ampiamente avuto modo di argomentare, il rimprovero nella materia penal-lavoristica ha una natura eminentemente colposa – la sua struttura resta ancorata a una concezione essenzialmente materiale e tecnologica della prevenzione: impianti, apparecchi, segnali. Restano così fuori dal fuoco tipico proprio quelle cautele soggettive e, soprattutto, organizzative che, nel vigente sistema prevenzionistico, costituiscono il nucleo duro della prevenzione primaria: valutazione dei rischi, informazione, formazione, procedure, modelli organizzativi, coordinamento tra garanti. Ne deriva che la fattispecie, pur formalmente orientata a colpire il pericolo prima dell’evento, finisce per presidiare solo una parte del fenomeno

prevenzionistico, e precisamente quella riconducibile a presidi oggettivi, fisici e meccanici, ormai non più esaustivi rispetto alla complessità dell'obbligazione datoriale di sicurezza. Non stupisce, allora, che la giurisprudenza abbia avvertito l'esigenza di dilatare ermeneuticamente il dato normativo, valorizzando l'art. 2087 c.c., ampliando il significato degli oggetti materiali della condotta e ricorrendo alla figura della "malattia-infortunio": ma proprio questa pressione interpretativa, lungi dal confermare la sufficienza della norma, ne denuncia l'inadeguatezza e la crescente tensione con il principio di legalità-tassatività.

A ciò si aggiunge un secondo profilo di criticità, questa volta sul piano della proporzione sanzionatoria. Nell'art. 437 c.p., il passaggio dalla fattispecie base all'ipotesi aggravata in caso di verifica dell'infortunio o del disastro determina un salto edittale di eccezionale ampiezza, sino alla duplicazione del massimo e alla sestuplicazione del minimo. Un simile aggravamento rischia di alterare la fisiologia della fattispecie di pericolo, finendo per spostare il baricentro della risposta punitiva dall'anticipazione della tutela all'evento verificatosi. In altri termini, la logica del presidio preventivo risulta indebolita proprio dal peso sproporzionato che l'ordinamento finisce per attribuire all'esito lesivo, con l'effetto di rendere più incerta la linea di confine tra reato di pericolo e reato d'evento, e di accentuare i dubbi interpretativi in ordine al momento consumativo, alla struttura dell'aggravante e ai suoi rapporti con il principio di colpevolezza.

Ancor meno soddisfacente appare poi il versante colposo delineato dall'art. 451 c.p. La disposizione non costituisce affatto il simmetrico dell'art. 437 c.p., ma ne rappresenta una figura ulteriormente ristretta e strutturalmente sbilanciata. Essa considera infatti soltanto apparecchi o altri mezzi destinati all'estinzione di un incendio, al salvataggio o al soccorso contro disastri o infortuni sul lavoro, e dunque un novero di cautele ancora più circoscritto, riferibile esclusivamente a misure oggettive e secondarie, destinate a contenere o fronteggiare il pericolo ormai attualizzato. Resta quindi, anche qui, del tutto estranea la dimensione organizzativa della sicurezza. Lo squilibrio rispetto all'art. 437 c.p. è accentuato dal trattamento sanzionatorio: da un lato, una fattispecie dolosa gravata da un fortissimo incremento di pena in caso di evento; dall'altro, una fattispecie colposa punita in termini pressoché bagatellari e priva di una corrispondente aggravante. Si tratta di un'asimmetria la cui *ratio* è difficilmente comprensibile e che genera incertezze sistematiche tanto sul rapporto tra le due norme, quanto sulla stessa logica politico-criminale sottesa al microsistema. Il raffronto con la più lineare relazione tra artt. 434 e 449 c.p. rende tale irrazionalità ancora più evidente.

In definitiva, le fattispecie di comune pericolo codicistiche applicabili alla materia lavoristica appaiono oggi come strumenti normativi datati, costruiti per una sicurezza del lavoro ancora intesa in chiave prevalentemente meccanica e oggettiva, e perciò incapaci di intercettare adeguatamente l'attuale configurazione del rischio lavorativo, sempre più organizzativo, procedurale e soggettivamente partecipato. Non a caso, la prassi giurisprudenziale ha finito spesso per cercare altrove – nelle contravvenzioni del TUSL, nell'art. 434 c.p. e in interpretazioni estensive dell'art. 437 c.p. – le risorse repressive necessarie a colmare le lacune di tutela. Ma proprio questa tendenza supplente conferma, per contrasto, l'insufficienza delle figure speciali di cui agli artt. 437 e 451 c.p. Lungi dal costituire un coerente diritto penale della prevenzione primaria, esse si presentano come un residuo storico ormai disallineato rispetto all'assetto contemporaneo della sicurezza sul lavoro: un assetto nel quale la protezione effettiva passa sempre meno per il presidio di soli apparati oggettivi e sempre più per la disciplina dell'organizzazione del rischio. Sotto questo profilo, il “microsistema” dei delitti di comune pericolo non solo non realizza pienamente la funzione di anticipazione che gli sarebbe propria, ma finisce per far emergere, sul piano strutturale, sanzionatorio e sistematico, le ragioni di una sua profonda inadeguatezza.

6. I fattori di “raffreddamento” insiti nella disciplina del T.U.

L'analisi svolta conferma che il diritto penale del lavoro si muove entro una tensione strutturale. Da un lato, il sistema prevenzionistico è chiamato a presidiare beni di rango primario, come la vita e la salute del lavoratore, e perciò non può rinunciare a una significativa apertura verso il sapere tecnico, l'organizzazione concreta dei rischi e l'aggiornamento continuo delle cautele. Dall'altro, la proiezione penalistica di questo medesimo sistema non può emanciparsi dai principi di legalità, colpevolezza e responsabilità per fatto proprio, pena la trasformazione dell'obbligo di sicurezza in una fonte di responsabilità di posizione.⁵⁹⁹

La disciplina sanzionatoria penalistica sembra essere affidata *in action* alle fattispecie penalistiche di evento di omicidio e lesioni aggravate dalla violazione delle cautele antinfortunistiche. E ciò nella misura in cui: rispetto agli illeciti contravvenzionali di pericolo presunto, diretti a realizzare il massimo grado di anticipazione della tutela – vuoi per l'esistenza delle procedure estintive che permettono talora di evitare del tutto l'applicazione di sanzioni (e addirittura del processo), vuoi per la scarsissima efficacia dell'attività d'*enforcement*, diretta a

⁵⁹⁹ F. A. SIENA, Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro, in A. MANNA (a cura di), Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro, CEDAM, Padova, 2023, spec. p. 3-4 e 12-13.

garantirne l'effettività (anche in chiave di pronta rimozione dei rischi rilevati) – è da rilevare che l'effetto general-preventivo da esse prodotto possa dirsi scarso, ciò nonostante il loro numero elefantico; rispetto invece ai reati di comune pericolo mediante violenza, ciò in quanto quest'ultime – con specifico riguardo ai delitti di cui agli artt. 437 e 451 c.p. – se furono inizialmente introdotte quali mero “esercizio penale simbolico”, nonostante i tentativi di “rivitalizzazione” giurisprudenziale che si sono fatti strada negli ultimi anni, rimangono pur sempre afflitte dalle serie criticità – poc'anzi menzionate – che ne pregiudicano per certo l'operatività nella prassi. Per di più, né rispetto alle contravvenzioni del T.U., né tantopiù avuto riguardo ai delitti di comune pericolo si è contestualmente prevista la responsabilità amministrativa da reato dell'ente *ex d. lgs. 231/2001*.

Di qui, l'esigenza che più autori hanno avuto modo di segnalare, diretta alla “flessibilizzazione” delle categorie dogmatiche della posizione di garanzia, della causalità, della colpa rispetto ai delitti di evento di omicidio e lesioni: ciò, non essendo possibile rispondere altrimenti alle istanze di giustizia che promanano dalle vittime.

Ciò anzitutto sul piano dell'individuazione dei soggetti responsabili in applicazione del principio di effettività (artt. 2 e 299 del T.U.) che, seppur la Corte di cassazione ha avuto modo di affermare un pregevolissimo orientamento diretto ad assicurare l'operatività del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, 1° c. Cost.) – operante “a cavallo” fra le categorie dogmatiche della posizione di garanzia, della causalità, della colpa – tal impostazione, plausibilmente, continuerà a rimanere un'attività ricostruttiva che tenderà a svolgersi eminentemente nel processo, e non già prima e al di fuori di esso. Inoltre, le incertezze che ancora avviluppano l'istituto della delega di funzioni, contribuiscono ad incrementare tale insicurezza. Segnatamente, particolarmente problematici in tal senso permangono i concetti di *culpa in vigilando* e di *culpa in eligendo*, i quali – come si è cercato di argomentare – portano spesso ad un “oggettificazione” esasperata della colpa datoriale, determinando – anche in ragione del dato normativo non particolarmente cristallino ed a tratti fuorviante – ad una indebita confusione fra “colpa dell'organizzatore” e “colpa di organizzazione”. Ancora, sul piano della “posizione di garanzia” – si è visto come essa tenda ad assumere un carattere “performativo”, protocollare e frammentato – da cui spesso discende un'iper-effettività dell'art. 113 c.p. in chiave incriminatrice: contributi colposi che da soli non siano autosufficienti alla causazione dell'evento, assommandosi nell'ambito di una procedura in una qualche guisa “istituzionalizzata” dalla legge, assumono rilevanza tipica e giustificano la moltiplicazione delle imputazioni.

Ma la ragione che più di tutte – ad avviso di chi scrive – vale a scardinare qualsiasi forma di personalizzazione umanamente razionalizzante del rimprovero penale “per colpa”, sia nell’ambito dell’imputazione oggettiva che soggettiva dell’evento, è l’assenza di clausole positive che valgano a delimitare “verso l’alto” la diligenza oggettiva richiesta agli attori del sistema di prevenzione, escludendo *expressis verbis* i casi ove la rimproverabilità debba escludersi in ragione di parametri di proporzionalità e di ragionevolezza, come per converso accade nell’Ordinamento Britannico per tramite del *general duty standard* della “*reasonable practicability*”: è questa, forse, la principale motivazione per la quale l’agente concreto, nell’ambito dell’imputazione colposa, tende a trasfigurarsi in un “super-uomo” onnisciente ed onnipotente, con conseguente: I) annullamento dei (già flebili) presidi garantistici costituiti dall’evitabilità e prevedibilità *ex ante*; II) sostanziale oblitterazione di qualsiasi rilievo possa potersi attribuire al parametro dell’esigibilità in concreto, nonché del principio di affidamento e di autoresponsabilità in chiave di esclusione della colpevolezza colposa.

A ciò poi si deve aggiungere una scarsissima valorizzazione dell’unico strumento in grado di restituire un certo grado di tassatività e determinatezza alle summenzionate categorie di parte generale, ovverosia l’autonormazione datoriale. Non sono stati, infatti, previsti validi meccanismi sufficientemente idonei a supportare il privato nel defaticante compito di valutazione e gestione del rischio; e quelli che pure sono stati introdotti non hanno ricevuto un’adeguata valorizzazione, principalmente (ma non esclusivamente) per rispondere ad esigenze di contenimento della “spesa pubblica”.

Per di più, la scarsa diffusione della cd. “cultura della sicurezza” che caratterizza il contesto italiano – dovuta tanto allo storico ritardo con cui il nostro Paese ha raggiunto livelli di industrializzazione comparabili a quelli di altre nazioni europee, quanto alla persistente logica fatalista che per lungo tempo ha permeato per lungo tempo la concezione del regime di responsabilità del datore di lavoro in relazione a malattie e infortuni – si è ulteriormente consolidata, anche per effetto di un sistema di tutela giurisdizionale dell’infortunato che, per lungo tempo, ha sostanzialmente abdicato ad una diretta responsabilizzazione (civile e penale) del datore di lavoro.

In tale contesto – e a fronte di una giurisprudenza spesso incline, in nome del principio di “massima sicurezza tecnologicamente possibile”, a disapplicare le cautele positivizzate nei prodotti dell’autonormazione datoriale – gli adempimenti autopoietici finiscono non di rado per essere percepiti come un compito defaticante ed essenzialmente inutile, specie nelle piccole

realtà: insomma, un costo certo nell'oggi, sostenuto al fine di conseguire un beneficio incerto nel domani.

Dunque, in sintesi, si può dire che – se un *chilling effect* in questa materia possa quindi ravvisarsi – applicando la formula, di Shaueriana memoria: rischio di “raffreddamento” = probabilità di errore x gravità del danno – seppur la “probabilità di errore” sia abbastanza elevata sia rispetto ai precetti degli illeciti del T.U. che dei delitti di comune pericolo, la “gravità del danno” (in termini reputazionali, costi per il processo, difficoltà di ricostruzione processuale dei fatti e delle responsabilità) il principale ambito ove essa possa caratterizzarsi in termini particolarmente elevati riguarda ancora e soprattutto le incriminazioni per omicidio e lesioni aggravate ai sensi degli artt. 589 e 590 del c.p. – e ciò in particolare per quel che concerne la responsabilità del vertice.

Esso, più nello specifico, è riconducibile a cinque elementi che contribuiscono ad incidere sul primo fattore della summenzionata formula:

- A) Anzitutto, la latitudine dell'obbligazione prevenzionistica datoriale. Se è vero che l'art. 2087 c.c. continua a svolgere una funzione di chiusura e integrazione del sistema, fondando in giurisprudenza tanto la posizione di garanzia quanto doveri residuali di diligenza, è altrettanto vero che proprio questa sua elasticità espone il diritto penale del lavoro al rischio di una eccessiva dilatazione dei contenuti del rimprovero. La clausola generale conserva, pertanto, un valore sistemico essenziale; ma non può essere impiegata come grimaldello per colmare retrospettivamente ogni lacuna prevenzionistica, pena la trasformazione della responsabilità per colpa in responsabilità da posizione.
- B) Un secondo profilo critico concerne la distribuzione intersoggettiva del debito di sicurezza. La pluralità delle figure di garanti, la valorizzazione del principio di effettività, la possibile articolazione multidatoriale dell'organizzazione e il ricorso alla delega di funzioni rispondono all'esigenza, del tutto condivisibile, di allocare il rischio secondo competenze reali. Eppure, proprio questa ricchezza strutturale può tradursi in un effetto di opacizzazione delle rispettive sfere di responsabilità, specie nei contesti organizzativi complessi. Il sistema mostra così una tensione interna non facilmente risolvibile: da un lato tende a personalizzare l'imputazione, ancorandola al criterio della competenza; dall'altro lato conserva, in capo al datore di lavoro, un nucleo di obblighi non delegabili e di vigilanza “alta” che rende difficile una piena compartimentazione delle responsabilità. Ne deriva che il principio di effettività, se da un lato è indispensabile per evitare schermi formalistici, dall'altro richiede un uso interpretativo particolarmente rigoroso, per non degenerare in un meccanismo di imputazione estensiva verso l'alto.
- C) Una terza criticità attiene alla delimitazione della latitudine del rischio lavorativo. L'analisi qui condotta ha mostrato come il progressivo ampliamento della tutela prevenzionistica non debba consentire, tuttavia, di trasformare il datore di lavoro in garante universale di ogni rischio che, in senso lato, si colleghi all'attività di impresa. La giurisprudenza più recente,

e in particolare l'arresto relativo al disastro ferroviario di Viareggio, ha opportunamente ribadito che la tutela dei terzi estranei è possibile solo quando costoro risultino esposti al medesimo rischio lavorativo che grava sui lavoratori, non già quando venga in rilievo un rischio diverso, pur interferente con l'attività produttiva. Proprio in questo senso la nozione di rischio lavorativo, se vuole conservare una funzione selettiva compatibile con i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio, non può essere confusa con il più ampio novero dei rischi ambientali, sanitari o di pubblica incolumità che l'attività d'impresa può occasionare. Tuttavia, alcuni riferimenti normativi del T.U. hanno suggestionato molti interpreti a porre in dubbio questa linea di demarcazione, creando una significativa incertezza.

- D) Sul terreno della colpa, poi, emerge con particolare nettezza l'ambivalenza del modello vigente. L'apertura verso l'autonormazione datoriale – espressa soprattutto nella centralità della valutazione dei rischi, del DVR, dei protocolli e delle procedure organizzative – risponde all'esigenza di adeguare la prevenzione alla concreta fisionomia dei processi produttivi; ma, al tempo stesso, essa non elimina il problema della determinatezza del precetto. La procedimentalizzazione della sicurezza attenua, ma non supera, il rischio che il giudizio di colpa venga formulato *ex post*, alla luce dell'evento verificatosi, piuttosto che *ex ante*, in base alle conoscenze disponibili, alla regola cautelare concretamente esigibile e alla sua effettiva attitudine impeditiva. Per questa ragione, la moderna centralità del nesso tra colpa ed evento e del criterio della concretizzazione del rischio costituisce il vero argine dogmatico contro gli scivolamenti verso forme di imputazione oggettivizzata: non basta la mera violazione di un dovere organizzativo, ma occorre dimostrare che proprio il rischio che quella regola mirava a governare si sia realizzato nell'evento concreto.

Nel loro insieme, i profili emersi consentono allora di formulare una conclusione di sintesi: il diritto penale del lavoro si presenta oggi come un sistema ad alta intensità preventiva, la cui effettività dipende dalla capacità di combinare apertura organizzativa e tenuta garantistica. Proprio qui, però, si annida la sua criticità più profonda. Quando l'ampiezza dell'obbligazione prevenzionistica, la fluidità delle sfere di competenza, l'elasticità delle regole cautelari e la centralità dell'accertamento *ex post* non trovino adeguato contenimento nei principi di legalità, colpevolezza e responsabilità per fatto proprio, il sistema rischia di produrre non solo tutela, ma anche *overdeterrence*. In tal caso, la funzione preventiva tende a rovesciarsi nel suo contrario: l'obbligo di governare il rischio può essere percepito come dovere dai confini incerti e tendenzialmente illimitati, idoneo a raffreddare l'assunzione stessa dei ruoli di garanzia. È precisamente in questo snodo che la categoria del *chilling effect* acquista rilievo euristico: non per sostituire le categorie classiche del diritto penale, ma per mostrare come un sistema costruito per prevenire il rischio possa, se mal calibrato, trasformarsi esso stesso in fattore di dissuasione patologica rispetto all'esercizio di attività lecite e doverose.

Svolte queste considerazioni, in linea lo spirito che anima questa ricerca, non diretta ad evidenziare criticità, ma soprattutto a proporre delle soluzioni fruibili, occorre quindi interrogarsi su quali siano le possibili linee direttive che possano arginare le criticità riscontratesi.

7. Possibili rimedi *de iure condendo* alla luce della teoria del “raffreddamento”:

In linea di massima, si può dire con sufficiente approssimazione, che le criticità inerenti al “sistema” penalistico posto a presidio della salute e sicurezza del lavoratore attengano ad una scarsa definizione (o conoscibilità preventiva) dell’area di rischio lecito consentito: l’attività d’impresa, utile ed essenziale per la collettività, specie per quel che concerne la necessità di assicurare l’effettività diritto al lavoro, è ammessa se ed in quanto il suo svolgimento sia compatibile (fra l’altro) con la necessità di assicurare la salute e sicurezza del lavoratore (art. 41, c. 2° Cost.). A seguito della “rivoluzione copernicana” operata dapprima per tramite il d. lgs. 626/1994, e poi definitivamente dal vigente d. lgs. 81/2008, tale limite non è più delineato dalle rigide prescrizioni di fonte legislativa e regolamentare, ma la sua individuazione è stata in buona misura delegata all’autonormazione datoriale.

L’obbligo di valutazione di tutti i rischi per il lavoratore, penalmente sanzionato, costituisce una forma di quella che è stata individuata dalla dottrina quale *Enforced Self-Regulation*, e che – fra le varie forme di “deleghe autonormative” possibilmente delineabili – ne rappresenta la categoria più affine al classico schema del *Command and Control*, e ciò anzitutto in quanto: I) lo Stato ricorre ad una vera e propria minaccia negativa per influenzare il comportamento degli attori sociali periferici; II) in questo scenario, nonostante la “delega” abbia ad oggetto il compito d’individuazione dei contenuti delle fonti riflessive, residuano in capo allo Stato le funzioni di controllo e di *enforcement* che assicurino l’effettivo adempimento da parte dei gruppi sociali delegati e l’irrogazione delle sanzioni in caso di violazione. Dovrebbe, tuttavia, permanere un sufficiente grado di discrezionalità, esercitabile dall’ente autonormativo, nella determinazione del *quomodo* dell’adempimento dell’obbligo autopoietico: questi dovrebbe infatti poter disporre di ampi spazi di libertà nella definizione dei contenuti e delle modalità di formulazione della fonte autonormata.⁶⁰⁰

Al fine di una buona riuscita del modello, è dunque necessario stimolare una attiva collaborazione Stato-privato, un reale impegno da parte degli enti autonormativi, nonché

⁶⁰⁰ S. B. TAVERITI, *L’autocontrollo penale*, op. cit., p. 101.

assicurare un effettiva capacità in capo a quest'ultimi di performare l'attività autonormativa in maniera efficace.⁶⁰¹ Come si è già accennato, rispetto all'obbligo di valutazione del rischio (artt. 28 e 29 T.U.), il datore di lavoro è investito di un pervasivo obbligo di “valutare di tutti i rischi” per la salute e sicurezza per il lavoratore e di conseguente elaborazione del correlato Documento, inclusivo dell'esplicitazione dei rischi rilevati e misurati, dei criteri e delle metodologie di valutazione impiegate, nonché dell'insieme delle misure di prevenzione e di protezione dirette all'azzeramento o minimizzazione dei rischi e delle procedure atte a garantirne l'applicazione e il miglioramento del tempo, individuando quindi *ex se*: I) regole cautelari, proprie e improprie; II) regole cautelative, ossia dirette ad una corretta individuazione ed attuazione delle prime; III) i soggetti competenti ad attuarle, secondo gli schemi già delineati in via generale ed astratta dalle norme che si è già avuto modo di analizzare in tema di qualifiche soggettive (Capitolo III, par. 2).⁶⁰²

Si è visto quindi come i “prodotti” di tale attività autonormativa, pur non avendo di per sé efficacia di legge, svolgono un fondamentale ruolo sul piano probatorio ed in chiave di facilitazione di accertamento giudiziale delle penali responsabilità, fungendo al contempo da formidabili strumenti tramite i quali attualizzare e concretizzare il contenuto astratto dei precetti, facilitandone la conoscibilità e quindi assicurando un genuino esplicarsi della relativa general-prevenzione, sia nella sua accezione positiva che negativa, il più possibile coincidente con l'area della tipicità effettiva. Tuttavia, come si è già avuto modo di sottolineare, il decisore pubblico ha cosparsa l'intera materia di una miriade di vincoli e prescrizioni, di varia fonte e natura, legislativi e ministeriali, formali e sostanziali, cautelari e cautelativi, modali, procedurali e contenutistici, i quali in tali ambiti e rispetto a talune tipologie di rischio finiscono per comprimere notevolmente – se non per sopprimere – la dimensione autonormativa. Com'è stato felicemente rilevato, «*aggallano numerose “isole di eteronormazione” che in talune aree di rischio si fanno viepiù fitte ed estese, fino appunto a stringere o soffocare gli spazi dell'autonormazione, la quale però resta la regola, la “corrente marina” che si agita sotto ogni*

⁶⁰¹ Lo rileva John Braithwaite, uno dei più eminenti pionieri della *Self-regulation*, il quale introdusse nel dibattito dottrinale la proposta diretta a fronteggiare il *corporate crime* attraverso la sperimentazione dell'*Enforced Self-regulation*, frutto di un approfondimento condotto tanto sul piano criminologico – mediante analisi di dati empirici qualitativi e quantitativi personalmente raccolti – quanto sul piano teorico-giuridico, elaborando un'architettura sistemica in grado di sovvertire le categorie e le strategie della *Regulation*. (cfr. J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A new strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982, 80, p. 1466 e s.; ID, *To Punish Or Persuade. Enforcement Of Coal Mine Safety*, Albany, 1985, p. 75 e s.)

⁶⁰² D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. cit., p. 216.

*“isola” e che è pronta a tornare in superficie e a riprendere campo ogni qual volta la norma pubblicistica si rivela elastica o non perfettamente aderente alla specie di rischio realizzatosi o necessitante di meccanismi di rinforzo autopoietici, come quelli legati ai canali info-formativi o alle procedure di monitoraggio o disciplinari.»*⁶⁰³

Dunque, trattandosi di una forma di autonormazione che potremo dire “cautelare”, pur non essendo possibile riconoscere carattere vincolante alle regole autonormate (essendo la loro validità, come si è visto, da individuarsi in relazione alla loro funzionalità al raggiungimento dello scopo di protezione), occorre rafforzare il valore che queste possono giocare sul piano probatorio, sia rispetto alle concrete sfere di competenza; sia pure sul piano della valutazione della colpa, che – come si è ampiamente argomentato – è figura umbratile destinata a “riempirsi” attingendo a fonti “esterne”.

Pertanto, al fine di ridurre il fattore “probabilità di errore”, e di rafforzare il ruolo che a tal proposito l’autonormazione datoriale può giocare, sarebbe opportuno (in ordine di importanza):

- A) Modificare lo *standard* di diligenza oggettivo previsto in generale, oggi ancora in gran parte rimesso al disposto dell’art. 2087 c.c. e alle “misure generali tutela” codificate all’art. 15 T.U., introducendo una clausola di “*reasonable practicability*”, sul modello del britannico *general duty of care*, positivizzando il *test* corrispondente elaborato dalla giurisprudenza inglese. Ciò, infatti, permetterebbe di escludere la responsabilità datoriale laddove le misure preventive pur disponibili sul mercato al momento della realizzazione della condotta (e che, se implementate, avrebbero ridotto significativamente la probabilità di verificazione dell’evento lesivo *ex post*) non siano state adottate in quanto fossero risultate – secondo una valutazione rigorosamente *ex ante* – *grossly disproportionate* in relazione al sacrificio, anche economico, richiesto per la loro implementazione rispetto all’entità del rischio pur correttamente valutato.
- B) Potenziare la conoscibilità *ex ante* di “linee-guida”, “buone prassi” e “norme tecniche” affidabili tramite la previsione di fonti “meta-autonormative” ufficiali e riconosciute dall’ordinamento, sul modello oggi già previsto dalla legge “Gelli-bianco” (l. 8 marzo 2017, n. 24) nell’ambito della responsabilità medica, specie per quel che concerne l’ambito della valutazione dei rischi e dei criteri che debbano a tal proposito essere impiegati. In tal senso, potrebbe istituirsi un unico ente pubblico a livello nazionale, con competenze in merito alla diffusione di *soft-law* di carattere più generale, prevedendosi poi una serie di ulteriori enti pubblici afferenti a ciascuna Regione con il compito di ulteriore specificazione della stessa; ed infine la previsione di organismi distribuiti capillarmente sul territorio, la cui istituzione non sia rimessa “a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro”

⁶⁰³ D. BIANCHI, *Autonormazione*, op. ult. cit., p. 221.

(art. 2, c. 1° lett. ee), ma bensì derivi da fonti normative pubbliche. Contestualmente, ridurre sensibilmente le innumerevoli cautele tecniche e oggettive, le “isole di eteronormazione”, di fonte normativa o regolamentare: il *soft-law*, se recepito tramite apposite clausole espresse dalla legge, è di certo la forma di regolazione più idonea a “stare al passo” con l’evoluzione tecnico-scientifica, essendo in grado di colmare i “vuoti di tutela” che inevitabilmente derivano dalla staticità delle fonti di *hard-law*. Al contempo, questo è in grado di assicurare pur sempre la conoscibilità e fruibilità da parte degli enti autonormativi, che potranno perciò riporre il loro affidamento sulla loro validità, senza dover andare a verificare se o meno i fondamenti nomologici sottesi a quel o quell’altro regolamento siano stati o meno superati dall’evoluzione tecnico-scientifica.

- C) Potenziare il meccanismo dell’asseverazione e certificazione *ex ante* già previsto dal T.U., garantendone l’accessibilità *in primis* ai datori di lavoro, possibilmente gratuita, ed estendendone l’applicazione non solo ai Modelli di cui all’art. 30 del T.U., ma anche all’autonormazione di primo livello (di certo la più essenziale ai fini dell’accertamento della responsabilità colposa) – D.V.R. e D.U.V.R.I.
- D) Infine, dacchè la sicurezza rappresenta in una certa misura un costo per l’impresa (per lo meno, nell’immediato); si rende necessario un significativo potenziamento dei fondi a supporto delle imprese, specie se medio-piccole – anche sotto forma di riduzione dei premi assicurativi INAIL e dei contributi previdenziali obbligatori. Al tal fine, la fruizione delle procedure di cui al punto che precede dovrebbero essere individuate quale presupposto indispensabile per l’accesso ai summenzionati benefici.

In questa prospettiva, di certo non esente da criticità e qui solo abbozzata, si riuscirebbe sia ad incentivare l’emersione di una vera e propria “cultura della sicurezza” – tramite il coinvolgimento nelle procedure di emanazione della regolamentazione tecnica del massimo numero possibile di *stakeholders* – nonché e soprattutto fare in modo che – riprendendo la critica di STELLA – la “capra” non sia trasformata in un “giardiniere”.

Tuttavia, e nondimeno, si rende necessaria inoltre una radicale razionalizzazione della disciplina degli illeciti attinenti al “primo” e al “secondo” livello di progressione offensiva, rispettivamente del pericolo presunto (per quel che concerne le contravvenzioni egli illeciti amministrativi) e del pericolo astratto/concreto (per quel che concerne i reati di comune pericolo). Più in particolare:

- A) Rispetto al “primo livello” – occorrerebbe far sì che le procedure estintive non annullino del tutto l’entità della sanzione, che dovrà comunque applicarsi, specie laddove l’impresa non abbia usufruito della procedura di asseverazione/certificazione di cui sopra. Inoltre, sarebbe opportuna l’introduzione – anche in riferimento agli stessi – della responsabilità amministrativa dell’ente *ex d. lgs. 231 del 2001*. Infine, in modo da garantire una maggiore “flessibilità” ed immediatezza nell’irrogazione della sanzione e nella contestuale rimozione del pericolo, sarebbe necessario trasformare la grandissima parte delle contravvenzioni previste dal T.U. in illeciti amministrativi, eventualmente affidandone la repressione (con

tutte le garanzie necessarie) ad un *Authority* indipendente, eventualmente coincidente o comunque in rapporto molto ravvicinato con gli enti preposti all'emanazione del *soft-law* ufficiale di cui sopra.

- B) Rispetto al “secondo livello” – si renderebbe opportuno inserire una fattispecie di pericolo concreto in un Titolo *ad hoc* del c.p. – cui contempli quale “oggetto materiale” delle condotte incriminate la totalità delle cautele: non solo tecnico-oggettive; ma bensì pure soggettive ed organizzative. Per quel che concerne l'elemento soggettivo, sarebbe preferibile che questa contemplasse alternativamente il dolo o la colpa non lieve, di modo da attribuire espresso rilievo al grado della colpa – non solo quale criterio di commisurazione della pena – ma bensì pure in termini di esclusione della colpevolezza, contestualmente così contribuendo ad una maggiore valorizzazione dell'esigibilità in concreto della condotta alternativa lecita e, pertanto, alla “soggettivizzazione” in chiave “umanizzante” del rimprovero colposo in ossequio del principio di colpevolezza (art. 27 c. 1 e 3° Cost.). Infine, anche rispetto a tale illecito, sarebbe opportuna la contestuale previsione della responsabilità amministrativa dell'ente; nonché l'introduzione di una norma non dissimile a quella di cui all'art. 452-decies del c.p. – che quindi implichi una significativa riduzione di pena laddove il responsabile, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, si sia concretamente adoperato per la messa in sicurezza, alla bonifica e alla rimozione delle carenze contestate, ovvero abbia aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto o nell'individuazione degli autori.

Infine, a fronte dell'introduzione della totalità delle misure di cui sopra (e del conseguente inasprimento sanzionatorio relativo allo stadio offensivo del pericolo), sarebbe inoltre opportuno inserire – sempre nel medesimo Titolo – un'autonoma fattispecie di “morte o lesioni gravi o gravissime colpose commesse **a causa** della violazione della disciplina per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali”, che: I) sia omnicomprensiva, ossia tale da attribuire rilevanza espressa anche della disciplina in materia di igiene del lavoro; II) ancori in maniera ancora più esplicita (“a causa di” anziché del più generico lemma “in violazione di”) la ricorrenza del fatto alla violazione di cautele specificamente dirette a neutralizzare o ridurre il “rischio lavorativo” – secondo il parametro della competenza e del “nesso di rischio” valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità.

Per quel che concerne l'elemento soggettivo, sarebbe anche in questo caso opportuno che questo coincidesse con la colpa non-lieve, e ciò per le motivazioni che si sono poc'anzi esposte e che – anche in relazione alla maggiore riprovevolezza sociale e allo stigma associato alla fattispecie – circoscriverebbe la rilevanza penale alle sole violazioni più gravi, escludendo dal tipo ipotesi che – seppur di per sé sarebbero meritevoli di rientrarvi – potrebbero ingenerare uno sconfinamento del tipo sul piano della deterrenza. In altre parole, una ridefinizione siffatta dell'elemento soggettivo sarebbe di certo in grado di garantire un

breathing space, una zona tampone, posta a presidio dei diritti fondamentali del cittadino, *in primis* colpevolezza, ma anche di libero esercizio della propria attività economica, senza che egli possa perciò percepire il rischio di venir considerato un “assassino” dall’opinione pubblica per una semplice e banale inosservanza.

Infine, anche rispetto a quest’ultimo delitto, sarebbe opportuna la contestuale previsione di due attenuanti: la prima, diretta a stimolare la tempestiva eliminazione del pericolo; la seconda, che consenta di operare una significativa riduzione di pena laddove si dovesse riscontrare che, rispetto al fatto oggetto del giudizio, l’imprenditore si sia attenuto alle *linee-guida* ufficiali, ma le abbia scorrettamente implementate nella sua organizzazione.

Conclusioni:

L’analisi condotta consente di affermare che il *chilling effect* rappresenta, nel diritto penale del lavoro, molto più di un fenomeno sociologico o di una formula evocativa. Esso individua un rischio strutturale del sistema: quello per cui l’espansione della deterrenza, quando alimentata da precetti elastici, da sfere di garanzia fluide e da un *enforcement* prevalentemente *ex post*, finisce per oltrepassare l’area della tipicità effettiva e per incidere patologicamente sull’assunzione stessa dei ruoli prevenzionistici. In tale prospettiva, il problema non si esaurisce nella paura della sanzione, ma investe, ancora prima, la paura del procedimento, dell’incertezza applicativa e del giudizio retrospettivo sulle scelte organizzative compiute in contesti produttivi complessi.

La ricostruzione comparata ha permesso, anzitutto, di chiarire che il raffreddamento può essere tematizzato giuridicamente, e non soltanto empiricamente. La *chilling effect doctrine* statunitense e la figura tedesca dell’*Einschüchterungseffekt* mostrano, infatti, che l’ordinamento può e deve interrogarsi sui costi costituzionali dell’*overdeterrence*, specie nei settori in cui la sanzione penale si innesta su attività lecite, necessarie o socialmente utili. Trasposta nel diritto penale del lavoro, tale categoria non sostituisce i tradizionali strumenti dogmatici, ma ne illumina i punti di crisi: la determinatezza del precetto, la delimitazione del rischio lavorativo, la tenuta del principio di competenza, il rapporto tra colpa ed evento, l’operatività della delega, il ruolo dell’autonormazione, il confine tra colpa dell’organizzatore e colpa di organizzazione.

Il cuore problematico emerso dall’indagine riguarda, però, il funzionamento concreto del sistema prevenzionistico vigente. L’analisi svolta mostra come la combinazione tra obbligo di valutazione “di tutti i rischi”, ampia discrezionalità dell’autonormazione datoriale, valorizzazione del principio di effettività e persistente centralità di un controllo giudiziale *ex*

post possa tradursi in un meccanismo di imputazione tendenzialmente espansivo. Da un lato, la prevenzione contemporanea non può che essere organizzativa, procedurale e aperta all'evoluzione del sapere tecnico-scientifico; dall'altro lato, proprio questa apertura, se non adeguatamente contenuta, espone il garante al rischio di vedersi imputato tutto ciò che sia accaduto nell'orbita dell'organizzazione, sino a scivolare verso forme più o meno occulte di oggettivizzazione della responsabilità.

A fronte di tale percezione, l'effetto "indesiderato" che il "sistema" produce – lungi dallo stimolare uno spontaneo ed esatto adempimento dell'obbligazione prevenzionistica – è quello di spingere i garanti primari ad "individuare" garanti fittizi, tentando di conseguire una "fuga dal ruolo" di garanzia.

L'istituto della delega di funzioni è – come si è visto – ora disciplinato nel dettaglio: il datore di lavoro può trasferire – con effetto sostanzialmente liberatorio – quasi tutte le proprie funzioni a soggetti terzi. In suo capo, residuano doveri di valutazione dei rischi e di nomina dell'RSPP (art. 17 T.U.), nonché di vigilare sul corretto disimpegno delle funzioni da parte del delegato (art. 16, c. 3° T.U.). Seppur in relazione ai termini di esatto adempimento di quest'ultimo dovere continuano a permanere delle criticità (segnatamente, lo si è visto, laddove il datore di lavoro-delegante non coincida con l'organo di vertice dell'impresa, e dunque non abbia da sé il potere di istituire un sistema di vigilanza e di controllo *ex art. 30, 4° c. T.U.*), è da ritenere che – sulla scorta delle indicazioni della giurisprudenza e dal testo dello stesso comma 3° dell'art. 16 del T.U. (a seguito del correttivo del 2009) – qualunque seria strutturazione istituzionale dell'attività ispettiva nei confronti del delegato, eventualmente tramite espresso affidamento della funzione all'organismo di vigilanza previsto dalla disciplina *ex d.lgs. 231/2001*, coprirà tal adempimento.

Molto più problematico è invece l'obbligo di valutazione del rischio e di redazione del relativo documento, nonché d'istituzione del servizio di prevenzione e protezione con nomina del suo responsabile. Tuttavia, si è pure detto come ormai la giurisprudenza – anche a SU – interpreti la competenza-garanzia datoriale, anche rispetto a tali adempimenti, in termini eminentemente organizzativi.

Sicché, data la necessaria ed istituzionalizzata collaborazione delle figure del RSPP e – laddove previsto – del MC, quali soggetti portatori di un sapere tecnico-scientifico qualificato, nello svolgimento della procedura e nella redazione del documento, l'individuazione di un'autonoma posizione di garanzia in loro capo (in applicazione dell'art. 113 c.p.) può

esonerare da responsabilità il datore di lavoro, laddove egli abbia adempiuto correttamente ai propri doveri organizzativi (e.g. abbia nominato RSPP e MC dotati di competenze qualificate, abbia fornito loro tutte le informazioni specifiche in merito alla propria organizzazione, abbia predisposto i necessari strumenti affinché potessero agevolmente disimpegnare i propri compiti), ovvero laddove il rischio concretizzatosi nell'evento dannoso o pericoloso rientrasse nella competenza esclusiva delle summenzionate figure qualificate.

Ciò nondimeno, è pur sempre vero che la “paura” rimane: di regola, infatti, a tale esclusione di responsabilità – ove vi si pervenga – si giunge necessariamente nel processo, talvolta persino nei gradi più avanzati di giudizio.

E quindi, a fronte di tale rischio penale percepito spesso quale ubiquitario ed indefinito, il datore di lavoro usa lo strumento per distribuire a “cascata” le proprie responsabilità, dando luogo ad una “caduta a valle” del baricentro della sicurezza, che può ben assumere caratteri patologici – con conseguente scadimento della sicurezza in azienda – laddove i soggetti delegati non siano muniti delle necessarie competenze e poteri, ma siano individuati solo quali meri “capri espiatori”. Analogo risultato si cerca di ottenerlo frammentando l'azienda facente capo ad un unico soggetto, in artificiose unità produttive, sfornite – in via di fatto – di quell'autonomia tecnico funzionale e finanziaria che vale a contrassegnarle, e ponendo a capo di esse soggetti privi di reali poteri decisionali e di spesa realmente autonomi, spesso ricorrendo alla costituzione di gruppi di società rispondenti al solo scopo di frammentare le responsabilità.

Infine, il datore di lavoro talora cerca riparo nell'esternalizzazione dei lavori, ricorrendo allo strumento dell'appalto d'opere e servizi, ovvero ad analoghi schemi negoziali. L'idea è la seguente: laddove si ricorra a strumenti contrattuali che affidano la realizzazione di un'opera od il servizio che s'inserisca poi nel ciclo produttivo del committente, ad altro imprenditore o lavoratore autonomo, il quale si serva di una propria organizzazione facente esclusivamente capo a quest'ultimo, sarà solo il secondo a risponderne. Nulla di meno vero.

L'istituto è disciplinato dall'art. 26 (rubricato “obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione”) del T.U. – a mente del quale *«il datore di lavoro, in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo: a) verifica [...] l'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori*

autonomi in relazione ai servizi e alle forniture da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione [...]; b) fornisce agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività» (1° c.). Inoltre, in tali ipotesi, i «datori di lavoro, ivi compresi i subappaltatori: a) cooperano all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto; b) coordinano gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva» (2° c.). Ed infine: «Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione e il coordinamento [...], elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze ovvero individuando, limitatamente ai settori di attività a basso rischio di infortuni e malattie professionali [...], con riferimento sia all'attività del datore di lavoro committente sia alle attività dell'impresa appaltatrice e dei lavoratori autonomi, un proprio incaricato, in possesso di formazione, esperienza e competenza professionali, adeguate e specifiche in relazione all'incarico conferito, nonché di periodico aggiornamento e di conoscenza diretta dell'ambiente di lavoro, per sovrintendere a tali cooperazione e coordinamento» (3° c.). Insomma, semplificando al massimo, il datore di lavoro-committente non è affatto esente da obblighi di sicurezza, seppur limitati ai soli rischi “interferenziali” ovvero sia ai rischi derivanti dal “contatto” fra due organizzazioni datoriali, e quindi – laddove si verifichi un evento dannoso o pericoloso che risulti la concretizzazione dei summenzionati rischi da “interferenza” – ben potrà il committente esserne chiamato a risponderne, e ciò in funzione del novero di doveri ad egli imposti in funzione dell'art. 26 del T.U.

Dunque, in definitiva, tutti gli espedienti che si sono poc'anzi passati in rassegna sono sostanzialmente inutili. Anzi, controproducenti. Laddove si verifichi un evento dannoso o pericoloso, queste fragili barriere non potranno che cadere sotto l'egida del principio di effettività (artt. 2 e 299 T.U.). Con l'ulteriore conseguenza che si sarà verificato un infortunio, una malattia professionale o una morte sul lavoro che – tramite una *governance* virtuosa del rischio lavorativo – si sarebbe senza alcun dubbio potuta evitare. Insomma, tali condotte “difensive” comportano uno scadimento della sicurezza e non recano alcun beneficio sul piano dell'esenzione della responsabilità. La soluzione dovrà essere cercata altrove.

Su questo sfondo, le soluzioni qui proposte si muovono lungo una direttrice di razionalizzazione complessiva del sistema in chiave “rassicurante”: serve segnare con più chiarezza la linea di confine fra rischio lecito e illecito, nonché razionalizzare l’estensione dell’adempimento di sicurezza richiesto agli operatori economici. In primo luogo, si suggerisce di delimitare verso l’alto il dovere di diligenza oggettiva, introducendo una clausola di *reasonable practicability* che consenta di escludere l’addebito quando l’adozione di ulteriori cautele, pur astrattamente disponibili, risulti *grossly disproportionate* rispetto al rischio concretamente valutato. In secondo luogo, si propone di rafforzare la conoscibilità *ex ante* delle cautele attraverso fonti pubbliche e qualificate di *soft law*, valorizzando linee-guida, buone prassi e protocolli ufficiali, così da fornire agli enti autonormativi un quadro di riferimento più stabile e affidabile. In terzo luogo, si auspica il potenziamento dei meccanismi di asseverazione e certificazione preventiva dei modelli organizzativi e dei documenti di valutazione, unitamente al potenziamento degli strumenti di sostegno economico per le imprese più virtuose. Infine, sul piano strettamente repressivo-rimediante, si prospetta una profonda revisione dell’apparato sanzionatorio: maggiore responsabilizzazione dell’ente, ridisegno dei livelli di offensività, introduzione di fattispecie più coerenti con la moderna configurazione del rischio lavorativo e valorizzazione della colpa non lieve quale criterio di selezione della rilevanza penale.

L’approdo conclusivo della ricerca può allora riassumersi in questi termini: la tutela penale della salute e sicurezza del lavoratore rimane non solo legittima, ma necessaria; tuttavia, la sua legittimazione si indebolisce quando il sistema, invece di orientare con sufficiente chiarezza i destinatari, li espone a un rischio penale ubiquitario e difficilmente controllabile. Proprio per evitare tale esito, occorre un diritto penale del lavoro che resti fermo nella protezione dei beni fondamentali, ma che al contempo recuperi precisione, prevedibilità e misura. Solo così sarà possibile impedire che la prevenzione si rovesci nel suo contrario e che l’obbligo di governare il rischio divenga, a sua volta, fattore di paralisi dell’agire lecito. In questo senso, il *chilling effect* non costituisce la negazione della tutela penale del lavoro, ma il criterio critico attraverso cui ripensarne i confini, restituendole equilibrio costituzionale ed effettiva capacità orientativa.

Bibliografia:

Articoli scientifici, Monografie e documenti ufficiali:

- A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, *Principi generali*, Giappichelli, Torino, 2018.
- G. ARDIZZONE, *Crollo di costruzioni e altri disastri dolosi*, in *Digesto pen.*, Torino, 1989.
- V. ATTILI, *L'agente-modello nell'“era della complessità”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- S. AURIEMMA, *Il datore di lavoro nell'evoluzione dell'impresa complessa*, ESI, Napoli, 2022.
- A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971.
- J. BARAB, *The Occupational Safety and Health Act at 50: Introduction of the Special Section*, in *AJPH*, 2020.
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano (1901)*, rist. anast., a cura di M. NAPOLI, Vita e Pensiero, Milano, 2003.
- S. BATTISTELLI, *Hard law e soft law alla prova della sicurezza sul lavoro negli appalti*, in *DSL*, 2, 2019.
- U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.
- D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021.
- R. BLAIOTTA, *La sentenza Francese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in *Sistema penale*, 2025.
- R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.
- R. BLAIOTTA, *Chilling effect e governo del rischio lavorativo*, in *Sistema penale*, 2025.
- R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012.
- R. BLAIOTTA, *Predizione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. III, *Parole dal lessico di uno studioso*, Giuffrè, Milano, 2022.

- R. BLAIOTTA, *Carichi esigibili e produttività, ma anche qualità del decidere e rispetto del codice*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2009.
- R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023.
- C. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del titolo I*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCHI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2010.
- J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982, 80, p. 1466 ss.
- K. BRENNAN-MARQUEZ, *Extremely Broad Laws*, in *Ariz. L. Rev.*, 2019.
- F. BRIZZI, *Covid e scudo penale per le imprese: ragioni per escluderne la ragionevolezza*, in *IUS Penale*, 19 giugno 2020.
- S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020.
- A. CADOPPI, *Strategie di contenimento della overcriminalization giurisprudenziale*, in G. COCCO, *L'interpretazione per un giudice liberale*, 1^a ed., CEDAM, Padova, 2025.
- P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1953), Milano, 2015.
- Camera dei deputati, Servizio Studi, *Legge europea 2013-bis (A.C. 1864)*, Dossier ID0008, XVII legislatura, 2014.
- D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, p. 1731 ss.
- D. CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2016, spec. p. 218 ss.
- D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, Torino.

- D. CAUTE, *The Great Fear: The Anti-Communist Purge Under Truman and Eisenhower*, Seattle, 1979.
- M. COENEN, *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, in *Columbia Law Review*, 2013.
- G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980.
- Commissione europea, *Piano d'azione per la democrazia europea*.
- Commissione europea, *Raccomandazione (UE) 2022/758 della Commissione del 27 aprile 2022 relativa alla protezione dei giornalisti e dei difensori dei diritti umani contro le azioni giudiziarie strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (SLAPP)*, in *GUUE*, L 138 del 17 maggio 2022.
- Consiglio UE, *Proposta di direttiva n. 9263 del 17 maggio 2023*.
- F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024.
- F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Giappichelli, Torino, 2023.
- F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, 2024.
- L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Corte dei conti, *Deliberazione 11 giugno 2025, n. 44/2025/G, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, "L'attività di vigilanza infortunistica dell'Ispettorato nazionale del lavoro"*.
- C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: profili penalistici*, in *Sistema penale*, 2020.
- G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977.
- G.A. DE FRANCESCO, *Dinamiche del rischio e modelli di incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in M. GOLDONI, E. SIRSI (a cura di), *Per uno studio interdisciplinare su agricoltura e alimentazione. Atti del convegno, Pisa, 22-23 gennaio 2010*, Milano, 2011.

- J. DE LILLO, *Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi: una disposizione dai contorni elastici*, in *Diritto penale. Parte speciale*, tomo II, CEDAM, Milano, 2022.
- J.F. DECKER, *Overbreadth Outside the First Amendment*, in *N.M. L. Rev.*, 2004.
- A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. 81/2008: analisi e prospettive*, in *DSL*, 1, 2018.
- O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020.
- O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, Torino, 2003.
- E. DI SALVO, *Reato colposo e principio di esigibilità*, Giuffrè, Milano, 2025.
- T. DOHERTY, *Cold War, Cool Medium: Television, McCarthyism, and American Culture*, Columbia University Press, 2005.
- E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, tomo II, art. 437 c.p., V ed., UTET, Milano.
- M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006.
- M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giappichelli, Milano, 1991.
- M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013.
- S. DOVERE, *Sicurezza del lavoro e sistema penale*, in G. NATULLO, *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2015.
- V.S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 3 maggio 2020.
- L. FANTINI, A. GIULIANI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2014.
- V. FERRANTE, T. TRANQUILLO, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, V ed., CEDAM, Milano, 2025.

- G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997.
- G. FIANDACA, *Punizione*, il Mulino, Bologna, 2024.
- G.M. FLICK, *Prevenzione o repressione?*, in *Cass. pen.*, 2, 2025.
- L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2015.
- G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- L.H. FRANKEL, *Criminal Omissions: A Legal Microcosm*, in *Wayne Law Review*, 1965, 11(2).
- I.L. FREITHANS, *Corporate Compliance: Designing an Effective OSHA Compliance Program*, Clark Boardman Callaghan, 1993.
- L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, ESI, Napoli, 1986.
- A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO, G. SPANGHER (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche. Aggiornamento XI*, Wolters Kluwer.
- M. GALLI, *Gli effetti "collaterali" delle scelte di criminalizzazione*, in M. GALLI, N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.
- A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 242 ss.
- A. GARGANI, *Criteri di definizione degli illeciti di sicurezza e salute del lavoro*, in A. DEIDDA, A. GARGANI (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2012.
- A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017.
- A. GARGANI, *Disastro ambientale*, Giuffrè, Milano, 2019.

- A. GARGANI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali VIII*, Giuffrè, Milano, 2015.
- R. GAROFOLI, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in *Sist. pen.*, 2023.
- M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.
- M. GIOVANNONE, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza sul lavoro. Una proposta di ricomposizione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 23 ss.
- F. GIUNTA, *Le aggravanti del "luogo di lavoro"*, in *Discrimen*, 2021.
- F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Discrimen*, 2008.
- F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, CEDAM, Milano, 1993.
- F. GIUNTA, *Le aggravanti del "luogo di lavoro": a proposito di un'espressione fuorviante*, in *Discrimen*, 2021.
- F. GIUNTA, *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *Discrimen*, 2021.
- F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Il reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013.
- F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 10.
- G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983.
- M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino, 2012.
- A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020.

- J. HOWARD, F. HEARL, *Occupational Safety and Health in the USA: Now and the Future*, in *Industrial Health*, 2012.
- INAIL, *Circolare n. 18/2023, attuazione del repository adottato ai sensi dell'art. 28, c. 3-ter, d.lgs. 81/2008*.
- INAIL, *Determinazione n. 49/2020, istituzione del repository adottato ai sensi dell'art. 28, c. 3-ter, d.lgs. 81/2008*.
- L. KENDRICK, *Speech, Intent, and the Chilling Effect*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 54, 2013.
- S. LAFORGIA, *Diritto al lavoro vs diritto alla salute? Il lavoro è sicuro o non è*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*
- C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *I WP di Olympus*, n. 7/2012.
- G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.
- G. MANCA, *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, CEDAM, 2024.
- V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- F. 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.*, fasc. 2, 2001.
- F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4.
- F. MANTOVANI (a cura di), *I reati contro l'incolumità pubblica*, in *Diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2024.
- G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento alle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

- G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 295 ss.
- G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965.
- D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010.
- D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2016.
- P. MIELE, *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960.
- V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in *Essays in Honour of Nestor Courakis*, Ant. N. Sakkoulas Publications, Atene, 2017.
- V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014.
- V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo". Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2012.
- A. MONTEFUSCO, *Che cos'è il rischio? Calcolo del rischio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le nuove leggi civili - prima interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2008.
- M. NAPOLI, *Vita e Pensiero*, Milano, 2003, pp. 497-498.
- G. NATULLO, *Sicurezza del lavoro*, in *Enciclopedia del diritto - Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011.
- G. NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, Torino, 2020.
- G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, n. 91/2009.

- R. ORLANDI, *Posizione di garanzia e formante giurisprudenziale: alla ricerca della “legalità perduta” del reato omissivo improprio*, in *Cass. pen.*, 12, 2025.
- A. ORSINA, *La responsabilità da reato dell’ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Giappichelli, Torino, 2024.
- T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996.
- T. PADOVANI, *Introduzione*, in R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023.
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2023.
- A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005.
- C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012.
- M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- Parlamento europeo, *Risoluzione del 3 maggio 2018 (proc. 2017/2209 INI) su pluralismo e libertà dei media nell’Unione europea*.
- Parlamento europeo, Dipartimento dei diritti civili e affari costituzionali, *Nutzung von SLAPP-Klagen zur Einschüchterung von Journalisten, nichtstaatlichen Organisationen und der Zivilgesellschaft*, settembre 2021.
- Parlamento europeo, *Risoluzione del 25 novembre 2020 (proc. 2020/2009 INI) su rafforzamento della libertà dei media: protezione dei giornalisti in Europa, incitamento all’odio, disinformazione e ruolo delle piattaforme*.
- Parlamento europeo e Consiglio, *Direttiva (UE) 2024/1069 dell’11 aprile 2024 relativa alle garanzie procedurali contro le azioni giudiziarie strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica (SLAPP)*, in *GUUE*, L 202 del 6 maggio 2024.
- P. PASCUCCI, *I principi fondamentali della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Dall’art. 2087 c.c. al Titolo I del d.lgs. n. 81/2008*, Giappichelli, Torino, 2025.

- P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc. 3-4, 2009.
- P. PASCUCCI, *La sicurezza sul lavoro alla prova dell'effettività: l'obbligo di individuazione dei preposti*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 3/2022.
- P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I WP di Olympus*, n. 7/2012.
- M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Giappichelli, Torino, 2004.
- C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988.
- M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Jovene, Napoli, 2020.
- C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010.
- M. PERSIANI, M. LEPORE, *Profilo storico-legislativo del concetto di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali*, in M. PERSIANI, M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, UTET, Torino, 2012.
- C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684 ss.
- C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2005.
- C. PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali X*, Giuffrè, Milano, 2017.
- P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sistema penale*, 23 febbraio 2024.
- N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Jovene, Napoli, 2012.

- D. PULITANÒ, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto - Aggiornamento I*, Giuffrè, Milano, 1997.
- D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2, 2006.
- D. PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, Torino, 1993.
- D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP*, 2008.
- RATH, *Karlsruhe und der Einschüchterungseffekt - Praxis und Nutzen einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, in KÜNAST, BENHABIB, BRYDE, REICH et al., *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität*, KJ, 2009.
- N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.
- L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
- A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 65.
- B. ROMANO, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *Legisl. pen.*, 2023.
- C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2024.
- A. SAVARINO, *Posizione di garanzia datoriale e gestione del rischio lavorativo tra ambiente interno ed esterno all'impresa: profili penali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2, 2024.
- M.M. SCOLETTA, *Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020.
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, Milano, 1988.

- F. SHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”*, in *Boston University Law Review*, 1978, 58.
- F. SHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, 2015.
- F.A. SIENA, *Principi costituzionali e diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in A. MANNA (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, CEDAM, Padova, 2023.
- E.M. SNODDON, *Clarifying Vagueness: Rethinking the Supreme Court’s Vagueness Doctrine*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 8, 2019.
- P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, 2001.
- M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1957.
- V. SPEZIALE, *Il “diritto dei valori”, la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*.
- J. STABEN, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Tübingen, 2016.
- F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1-2, 2003.
- F. STELLA, *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998.
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003.
- L. STORTONI, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Giuffrè, Pisa, 2017.
- K. SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Legislazione penale*, 2022.
- K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, ETS, Pisa, 2013.

- S.B. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale. Sistematica e funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Giuffrè, Milano, 2025.
- G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, 1993.
- S. TORDINI CAGLI, *Il disastro ferroviario di Viareggio*, in *Discrimen*, 2022.
- S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2016.
- V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, Giuffrè, Milano, 2022.
- V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti in diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di sicurezza del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013.
- V. VALBONESI, *La rinnovata centralità del preposto nel sistema antinfortunistico: luci ed ombre di una riforma in necessario divenire*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 3/2022.
- P. VENEZIANI, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando nella prospettiva della sicurezza sul lavoro*, in L. FOFFANI, G. PELLACANI, R. ORLANDI, L. LODI (a cura di), *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto locale. Sistemi produttivi, modelli di prevenzione e profili penali*, Giappichelli, Torino, 2024.
- P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie"*, CEDAM, Padova, 2003.
- T. VITARELLI, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2021.
- F. VON LIZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, rist. anast., Berlin, 1970, I; trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- C. WONG, *Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, 2014.
- V. ZAGREBELSKY, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980.
- ZANGER, *Freiheit von Furcht. Zur grundrechtsdogmatischen Bedeutung von Einschüchterungseffekten*, SÖR, Berlin, 2017.

Giurisprudenza:

Corte costituzionale italiana:

- Corte cost., sent. n. 409/1989.
- Corte cost., sent. n. 364/1988.
- Corte cost., sent. n. 475/1988.
- Corte cost., sent. n. 312/1996.
- Corte cost., sent. n. 85/2013.
- Corte cost., sent. n. 58/2018.
- Corte cost., sent. n. 50/2021.
- Corte cost., sent. n. 150/2021.
- Corte cost., sent. n. 8/2022.

Corte europea dei diritti dell'uomo:

- Corte EDU, Grande Camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*.
- Corte EDU, sez. II, 13 aprile 2021, ric. n. 13252/17, *Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia*.
- Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.
- Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*.
- Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Turchia*.
- Corte EDU, *Tammer c. Estonia*, ric. n. 41205/98.
- Corte EDU, *Skalka c. Polonia*, ric. n. 43425/98.
- Corte EDU, 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, Series A, n. 298.

Corte di giustizia dell'Unione europea:

- CGUE, C-41/76, 15 dicembre 1976, *Donckerwolke et al.*
- CGUE, C-118/75, 7 luglio 1976, *Watson et al.*
- CGUE, C-265/88, 12 dicembre 1989, *Messner*.

- CGUE, C-8/77, 14 luglio 1977, *Sagulo et al.*
- CGUE, C-157/79, 3 luglio 1980, *Pieck*.
- CGUE, C-127/05, *Commissione europea c. Regno Unito (e Irlanda del Nord)*.

Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America:

- U.S. Supreme Court, *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).
- U.S. Supreme Court, *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183 (1952).
- U.S. Supreme Court, *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).
- U.S. Supreme Court, *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee*, 372 U.S. 539 (1963).
- U.S. Supreme Court, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- U.S. Supreme Court, *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241 (1967).

Bundesverfassungsgericht:

- BVerfGE 15 gennaio 1958, 1 BvR 400/51 (*Lüth-Urteil*).
- BVerfGE 7 dicembre 1976, 1 BvR 460/72.

Corte di cassazione penale:

- Cass., S.U., 1° luglio 1992, n. 9874.
- Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328.
- Cass. pen., Sez. un., 12 ottobre 1993, n. 7481.
- Cass. pen., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343.
- Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 1978, n. 5327.
- Cass. pen., Sez. VI, 8 febbraio 1979, n. 3431.
- Cass. pen., Sez. IV, 14 dicembre 1981, n. 4477.
- Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 1982, n. 5063.
- Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 1990, n. 8150.
- Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793.

- Cass. pen., Sez. I, 20 novembre 1998, n. 350.
- Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 1998, n. 12155.
- Cass. pen., Sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 2277.
- Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001, n. 7924.
- Cass. pen., Sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924.
- Cass. pen., Sez. I, 8 ottobre 2002, n. 37116.
- Cass. pen., Sez. IV, 16 ottobre 2002, n. 40939.
- Cass. pen., Sez. III, 18 giugno 2003, n. 26189.
- Cass. pen., Sez. IV, 1° luglio 2003, n. 27939.
- Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931.
- Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 2005, n. 2383.
- Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2006, n. 6393.
- Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675.
- Cass. pen., Sez. III, 21 giugno 2007, n. 24479.
- Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 2007, n. 12464.
- Cass. pen., Sez. I, 24 aprile 2008, n. 17214.
- Cass. pen., Sez. IV, 23 aprile 2008, n. 25288.
- Cass. pen., Sez. III, 1° giugno 2010, n. 20592.
- Cass. pen., Sez. IV, 18 marzo 2010, n. 16134.
- Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991.
- Cass. pen., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32195.
- Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814.
- Cass. pen., Sez. III, 14 luglio 2011, n. 46189.
- Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36626.

- Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2012.
- Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10702.
- Cass. pen., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4412.
- Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 2012, n. 41184.
- Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821.
- Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2013, n. 3107.
- Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941.
- Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 1292.
- Cass. pen., Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22246.
- Cass. pen., Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 22378.
- Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2015, n. 6723.
- Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 2015, n. 22415.
- Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2015, n. 40721.
- Cass. pen., Sez. I, 20 gennaio 2016, n. 18168.
- Cass. pen., Sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 8883.
- Cass. pen., Sez. IV, 21 settembre 2016, n. 39213.
- Cass. pen., Sez. IV, 4 febbraio 2017, n. 8119.
- Cass. pen., Sez. IV, 10 aprile 2017, n. 18090.
- Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2017 (dep. 16 aprile 2018), n. 16715.
- Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2017, n. 273098.
- Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2018, n. 38402.
- Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 2018, n. 31615.
- Cass. pen., Sez. III, 31 agosto 2018, n. 39324.
- Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2018, n. 40933.

- Cass. pen., Sez. IV, 18 marzo 2019, n. 11714.
- Cass. pen., Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 14915.
- Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2019, n. 17202.
- Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 2019, n. 22079.
- Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2019, n. 45935.
- Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899.
- Cass. pen., Sez. IV, 23 luglio 2021, n. 28729.
- Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899.
- Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413.
- Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401.
- Cass. pen., Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 39615.
- Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2023, n. 30167.
- Cass. pen., Sez. IV, 16 aprile 2023, n. 13303.
- Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 2023, n. 16305.
- Cass. pen., Sez. IV, 27 giugno 2023, n. 38914.
- Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2023, n. 48510.
- Cass. pen., Sez. IV, 28 dicembre 2023, n. 51455.
- Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2024, n. 40682.
- Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio 2025, n. 7489.

Corte di cassazione civile:

- Cass. civ., Sez. lav., 27 giugno 1998, n. 6390.
- Cass. civ., Sez. lav., 1° giugno 2000, n. 7306.
- Cass. civ., Sez. lav., 8 aprile 2004, n. 6899.
- Cass. civ., Sez. lav., 15 aprile 2005, n. 9968.

- Cass. civ., Sez. lav., 15 giugno 2020, n. 11546.
- Cass. civ., Sez. lav., 15 maggio 2024, n. 38835.