

# Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**  
condirettore **Mario D'Andria**  
LVI - maggio 2016, n° 05

05

20  
16

| **estratto**

IL DATORE DI LAVORO NON PUÒ DELEGARE  
LA VALUTAZIONE DEI RISCHI NEMMENO IN  
CONTESTI PARTICOLARMENTE COMPLESSI

*con nota di* **Marco Grotto**

## 303 IL DATORE DI LAVORO NON PUÒ DELEGARE LA VALUTAZIONE DEI RISCHI NEMMENO IN CONTESTI PARTICOLARMENTE COMPLESSI

SEZ. IV - UD. 3 GIUGNO 2014 (DEP. 17 SETTEMBRE 2014), N. 38100 - PRES. ZECCA - REL. MASSAFRA  
- P.M. GERACI (CONCL. CONF.)

**INFORTUNI SUL LAVORO - Prevenzione - Valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori - Responsabilità del datore del lavoro - Delegabilità ai professionisti - Esclusione.**

(C.P. ARTT. 40, II3; D.LG. 9 APRILE 2008, N. 81, ARTT. 16, 17)

*Nell'ambito della valutazione del rischio, il ricorso all'ausilio di professionisti specializzati non implica alcuna possibilità di scaricare sugli stessi ogni responsabilità di cui è espressamente onerato il datore di lavoro, ma significa solo che questi può avvalersi, facendole proprie, delle segnalazioni, raccomandazioni, consigli precauzionali e prevenzionali espressi dagli specialisti medesimi in relazione alla specifica attività lavorativa per la quale è stato sollecitato il loro intervento.*

[Massima redazionale]

**RITENUTO IN FATTO** - (*Omissis*).

**CONSIDERATO IN DIRITTO** - Il ricorso è infondato e va respinto.

*Sub 2.* Si deve evidenziare che (Cass. pen., Sez. IV, 24.10.2005, n. 1149, Rv. 233187) nella motivazione della sentenza il giudice di merito non è tenuto a compiere un'analisi approfondita di tutte le deduzioni delle parti e a prendere in esame dettagliatamente tutte le risultanze processuali, essendo invece sufficiente che, anche attraverso una valutazione globale di quelle deduzioni e risultanze, spieghi, in modo logico e adeguato, le ragioni che hanno determinato il suo convincimento, dimostrando di aver tenuto presente ogni fatto decisivo; nel qual caso devono considerarsi implicitamente disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata e ravvisare, quindi, la superfluità delle deduzioni suddette. Ne consegue che la diversa interpretazione offerta dalla difesa dell'art. 1 del d.lg. n. 626/1994, deve ritenersi sia stata implicitamente disattesa dalla Corte territoriale.

*Sub 1, 4 e 5.* Premesso che, in tema di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro, sussiste continuità normativa tra le fattispecie penali in materia di luoghi di lavoro (prima previste dal d.lg. 19 settembre 1994, n. 626, art. 32, comma 1, lett. b), dal d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, art. 13, comma 10, e dal d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, artt. 20 e 21) e quelle, più gravemente punite, oggi contemplate per il datore di lavoro dal d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, art. 68, comma 1, lett. b) (recante "Attuazione della l. 3 agosto 2007, n. 123, art. 1 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro") (Cass. pen., Sez. III, n. 41367 del 10.10.2008, Rv. 241536), la sentenza impugnata (p. 17 e 18) ha richiamato il d.lg. n. 626 del 1994, art. 4-ter laddove stabilisce che il datore di lavoro non può delegare gli adempimenti previsti all'art. 4, commi 1, 2, 4 lett. a) e art. 11, primo periodo e l'art. 4 d.lg. cit. che precisa che spetta al datore di lavoro effettuare la valutazione dei rischi ed elaborare il documento di valutazione dei rischi indicando le relative misure di prevenzione e protezione e, in ossequio all'orientamento di questa Corte, ha correttamente ritenuto che in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro in virtù della sopra richiamata normativa (oggi sostituita dal d.lg. n. 81 del 2008, art. 17) il datore di lavoro non può delegare, neanche nell'ambito d'impresе di grandi dimensioni, l'attività di valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi (Cass. pen., Sez. IV, n. 4123 del 10.12.2008, Rv. 242480, citata dal giudice *a quo*). E come correttamente ha ritenuto la Corte territoriale, il rischio era

insito nella pericolosità fisica e chimica del prodotto DBTO (in forma di polvere bianca) e nelle modalità di lavorazione (l'operazione di sversamento poteva determinare, come appunto accadde, la formazione di polveri che miscelate con l'aria contenuta nel reattore e idonee a caricarsi elettrostaticamente per effetto dello stesso movimento di sversamento e connesso strofinio delle polveri contro la superficie del sacco potevano provocare una scintilla sufficiente ad innescare, con la potente miscela di sostanze infiammabili già presenti nel reattore, la fiammata ed il conseguente infortunio) che avrebbero dovuto essere considerate, e non lo erano state, in una appropriata scheda di valutazione dei rischi e di adozione delle relative precauzioni, dal datore di lavoro al quale è inibito delegarle ad altri: tale divieto imponendosi anche a tutela della salute ed incolumità della popolazione residente nei dintorni dell'azienda. Ne è conseguito insomma l'omesso inserimento nel documento dei rischi di indicazioni previste dalla letteratura mondiale in materia.

*Sub 3.* «Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione è una sorta di consulente del datore di lavoro ed i risultati dei suoi studi ed elaborazioni sono fatti propri dal datore di lavoro che lo ha scelto, con la conseguenza che quest'ultimo è chiamato a rispondere delle eventuali negligenze del primo» (Cass. pen., Sez. IV, n. 1841 del 16.12.2009, Rv. 246163). Infatti il ricorso all'ausilio di professionisti specializzati non implica alcuna possibilità di scaricare sugli stessi ogni responsabilità di cui è espressamente onerato il datore di lavoro ma significa solo che questi può avvalersi, facendole proprie, delle segnalazioni, raccomandazioni, consigli precauzionali e prevenzionali espressi dagli specialisti medesimi in relazione alla specifica attività lavorativa per la quale è stato sollecitato il loro intervento. È utile ricordare, in proposito, ulteriori principi affermati da questa Corte in tema di delega del datore di lavoro.

È vero che nelle imprese di grandi dimensioni si pone la delicata questione, attinente all'individuazione del soggetto che assume su di sé, in via immediata e diretta, la posizione di garanzia, la cui soluzione precede, logicamente e giuridicamente, quella della (eventuale) delega di funzioni. In imprese di tal genere, infatti, non può individuarsi questo soggetto, automaticamente, in colui o in coloro che occupano la posizione di vertice, occorrendo un puntuale accertamento, in concreto, dell'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale, così da verificare la eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale (così, esattamente, Sez. IV, 9.7.2003, Boncompagni; Sez. IV, 27.3.2001, Fornaciari, nonché Sez. IV, 26.4.2000, Mantero). In altri termini, nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire senz'altro all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare l'apparato organizzativo che si è costituito, si da poter risalire, all'interno di questo, al responsabile di settore.

Diversamente opinando, del resto, si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri. È altrettanto vero che il problema interpretativo ricorrente è sempre stato quello della individuazione delle condizioni di legittimità della delega: questo, per evitare una facile elusione dell'obbligo di garanzia gravante sul datore di lavoro, ma, nel contempo, per scongiurare il rischio, sopra evidenziato, di trasformare tale obbligo in una sorta di responsabilità oggettiva, correlata in via diretta ed immediata alla posizione soggettiva di datore di lavoro.

Sul punto, costituisce affermazione consolidata che il datore di lavoro è il primo e principale destinatario degli obblighi di assicurazione, osservanza e sorveglianza delle misure e dei presidi di prevenzione antinfortunistica. Ciò dovendolo desumere, anche a non voler considerare gli obblighi specifici in tal senso posti a carico dello stesso datore di lavoro dal decreto legislativo in commento, dalla "norma di chiusura" stabilita nell'art. 2087 c.c. che integra tuttora la legislazione speciale di prevenzione, imponendo al datore di lavoro di farsi, in quanto tale, garante dell'incolumità del lavoratore.

Va, quindi, ancora una volta, ribadito che il datore di lavoro, proprio in forza delle disposizioni specifiche previste dalla normativa antinfortunistica e di quella generale di cui all'art. 2087 c.c., è il "garante" dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale del lavoratore, con la già rilevata conseguenza che, ove egli non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento lesivo gli viene addebitato in forza del principio che «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo» (art. 40 c.p., comma 2).

Altrettanto consolidato è il principio che la delega non può essere illimitata quanto all'oggetto delle attività trasferibili. In vero, pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non potrebbe andare esente da responsabilità il datore di lavoro allorché le carenze nella disciplina antinfortunistica e, più in generale, nella materia della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza (v., tra le altre, Sez. IV, 6.2.2007, Proc. gen. App. Messina ed altro in proc. Chirafisi ed altro).

È da ritenere, quindi, senz'altro fermo l'obbligo per il datore di lavoro di intervenire allorché apprezzi che il rischio connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa si riconnette a scelte di carattere generale di politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza. Tali principi hanno trovato conferma nel d.lg. n. 81 del 2008, che prevede, infatti, gli obblighi del datore di lavoro non delegabili, per l'importanza e, all'evidenza, per l'intima correlazione con le scelte aziendali di fondo che sono e rimangono attribuite al potere/dovere del datore di lavoro (v. art. 17).

Trattasi: a) dell'attività di valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza al fine della redazione del documento previsto dal cit. d.lg., art. 28, contenente non solo l'analisi valutativa dei rischi, ma anche l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate; nonché b) della designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP).

L'eccezione di incostituzionalità, formulata in via residuale *sub 1*, è manifestamente infondata, dal momento che l'art. 27 Cost. non implica alcuna limitazione ovvero predisposta interpretazione delle norme penali.

*Sub 6*. Non può parlarsi di affidamento in tema di causalità, quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere ommesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione, con la conseguenza che qualora, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, «esso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento» (Cass. pen., Sez. IV, n. 692 del 14.11.2013, Rv. 258127).

## PER UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL'INDELEGABILITÀ DELLA VALUTAZIONE DEI RISCHI PER LA SALUTE E LA SICUREZZA DEI LAVORATORI

*For a Constitutionally Oriented Reading of the Non Waivability of the Assessment of Health and Safety Risks to Workers*

Il contributo analizza la portata dell'art. 17, comma 1, lett. a) del d.lg. n. 81/2008 – in ragione della quale il datore di lavoro non può delegare l'attività di valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza – e ne propone una lettura costituzionalmente orientata.

*This paper analyzes the scope of article 17, paragraph 1, lett. a) of Legislative Decree No. 81/2008 – by reason of which the employer cannot delegate the assessment of health and safety risks – and proposes a constitutionally oriented reading.*

di **Marco Grotto** - Università di Trento, Avvocato

**Sommario** 1. La previsione normativa della indelegabilità della valutazione del rischio (art. 17, comma 1, lett. a) del d. lg. n. 81 del 2008). — 2. L'obbligo valutativo quale regola procedurale (o pre-cautelare) funzionale all'individuazione dei precetti modali (autenticamente cautelari). — 3. Dell'esito del procedimento valutativo, ovvero: della natura modale delle regole cautelari, dell'estraneità dell'obbligo di astensione rispetto al paradigma colposo, della liceità delle attività ad ineliminabile rischio residuo. — 4. Il soggetto "competente" ad effettuare la valutazione dei rischi: del dovere di interpretare il dato normativo in modo da evitare forme di ascrizione della responsabilità penale da mera posizione. — 5. (*Segue*) la soluzione proposta. — 6. Conclusioni.

## 1. LA PREVISIONE NORMATIVA DELLA INDELEGABILITÀ DELLA VALUTAZIONE DEL RISCHIO (ART. 17, COMMA 1, LETT. A) DEL D.LG. N. 81 DEL 2008)

La sentenza della Corte di cassazione n. 38100 del 2014 si occupa di un istituto "classico" del diritto penale del lavoro, quale è la delega di funzioni <sup>(1)</sup>. In particolare, i motivi di gravame articolati dalla difesa dell'imputato hanno imposto alla suprema Corte di occuparsi non tanto dei requisiti di validità ed efficacia della delega (art. 16 del d.lg. n. 81 del 2008 <sup>(2)</sup>), bensì delle *causae ad excludendum* di cui all'art. 17. Come noto, tale norma prevede che il datore di lavoro non possa delegare né la nomina del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP) né «la valutazione dei rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28» del medesimo Decreto.

Nel caso di specie, il Presidente del Consiglio di Amministrazione di una società attiva nel settore della chimica è stato condannato per il reato di lesioni personali per aver permesso che un proprio dipendente versasse una certa sostanza (del dibutilossido di stagno, detto anche DBTO) all'interno di un reattore, nel quale si era formata un'atmosfera infiammabile, senza averlo previamente dotato degli adeguati dispositivi di protezione individuale <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> I contributi dottrinali in argomento sono ormai numerosissimi. Senza pretesa di esaustività, si vedano: SCARCELLA, *La delega di funzioni, prima e dopo il T.U. 81/08. Continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa*, in BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 311 ss.; VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 37 ss.

<sup>(2)</sup> In giurisprudenza, tra le molte, Sez. IV, 21 maggio 2013, n. 41831, *inedita*; Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 25535, *inedita*; Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10701, *inedita*; Sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 4123, in *C.E.D. Cass.*, n. 242480.

<sup>(3)</sup> Nell'atto di impugnazione – che si ha avuto l'opportunità di esaminare – il ricorrente aveva altresì evidenziato che la società fornitrice del prodotto non aveva segnalato nell'apposita scheda che quel particolare tipo di DBTO (ne esistono di diverse tipologie) poteva caricarsi elettrostaticamente durante l'operazione di svuotamento del sacco e così incendiare atmosfere esplosive. La scheda prodotto, infatti, prescriveva solo di evitare la formazione di polveri, così rimandando al rischio di inalazione, mentre non segnalava in maniera espressa il rischio di autocombustione.

Fin dal primo grado, l'imputato si è difeso adducendo di non possedere le competenze tecniche necessarie per individuare gli specifici rischi derivanti dall'uso del DBTO e che proprio per tal motivo aveva affidato l'attività valutativa dei rischi aziendali ad una primaria società del settore. Sicché – ha sostenuto la difesa – in un contesto del genere la previsione di cui all'art. 17, comma 1, lett. a) del d.lg. n. 81/2008 andrebbe interpretata nel senso che il datore di lavoro originario è tenuto solo a preoccuparsi che la valutazione dei rischi sia fatta (ovvero a disporre che essa venga eseguita ed a verificare che i terzi incaricati vi abbiano effettivamente provveduto), essendo concretamente inesigibile che chi non ha una propria competenza tecnica si metta a sindacare il merito dell'attività degli specialisti.

La quarta Sezione ha tuttavia respinto il ricorso affermando che il datore di lavoro non può delegare l'attività di valutazione dei rischi nemmeno nelle imprese di grandi dimensioni ovvero in quelle realtà produttive che presentino dei rischi particolari e specifici. Il datore di lavoro è legittimato ad avvalersi di consulenti esterni (non c'è alcuna norma che lo vieti), ma rimane l'unico responsabile di una valutazione o di una scelta sbagliata.

La conclusione – di per sé non innovativa <sup>(4)</sup> – merita tuttavia di essere sottoposta a critica, perché nasconde un'affermazione responsabilità per fatto altrui o, almeno, a titolo oggettivo <sup>(5)</sup>.

## **2. L'OBBLIGO VALUTATIVO QUALE REGOLA PROCEDURALE (O PRE-CAUTELARE) FUNZIONALE ALL'INDIVIDUAZIONE DEI PRECETTI MODALI (AUTENTICAMENTE CAUTELARI)**

Prima di addentrarci nella specifica disamina del tema posto dalla sentenza che si annota, occorre innanzi tutto riflettere sulla natura dell'obbligo valutativo: la questione è se il dovere di redigere un'adeguata valutazione dei rischi abbia natura autenticamente cautelare, e quindi possa essere messo in correlazione con l'evento naturalistico (c.d. causalità della colpa), oppure se non si tratti di un precetto astratto, dotato di nessuna efficacia eziologica rispetto all'evento.

La questione nasce dalla distinzione, operata dalla dottrina più recente, tra regole "autenticamente cautelari" e regole "pre-cautelari" o "organizzative non cautelari": le prime consistono in precetti comportamentali che, se osservati, scongiurano il verificarsi dell'evento; le seconde, invece, hanno un contenuto organizzativo o procedurale e dunque sono provviste di portata modale.

Nel solco di questa distinzione vi è chi ha ritenuto che entrambi i compiti indelegabili del datore di lavoro – la nomina del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione e l'effettuazione della valutazione dei rischi – siano ascrivibili alla seconda categoria: la redazione del documento valutativo dei rischi – si è sostenuto – rappresenta certamente uno strumento generale di prevenzione, ma non costituisce di per sé stesso un comportamento alternativo

---

<sup>(4)</sup> Nella giurisprudenza più recente, v. Sez. IV, 14 aprile 2015, n. 20045, in *ISL*, 2015, p. 437 s.; Sez. IV, 5 febbraio 2015, n. 7815, *ivi*, 2015, p. 214; Sez. III, 17 dicembre 2014, n. 12962, *ivi*, 2015, p. 278; Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 25222, *ivi*, 2014, p. 429.

<sup>(5)</sup> Sul tema, v. PETRINI, *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 285 ss.; LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 115 ss.; STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 71 ss. In anticipo sui tempi, con specifico riferimento al problema trattato, CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, *ivi*, 1996, p. 949 ss.

lecito dotato di efficacia impeditiva rispetto all'evento, essendo evidente che solo l'osservanza delle regole comportamentali fa sì che esso non si realizzi <sup>(6)</sup>.

Tali affermazioni sono animate dal condivisibile fine di evitare che dalla mancata elaborazione del documento valutativo si faccia *automaticamente* derivare una responsabilità per l'evento. Crediamo, tuttavia, che per evitare fraintendimenti siano necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto va messo in luce come, al di là del dato lessicale, il d.lg. n. 81/2008 non si limiti a richiedere al datore di lavoro di individuare i rischi per la salute connessi all'attività lavorativa da lui concretamente svolta, ma gli imponga altresì di inserire nel documento di valutazione anche «le misure di prevenzione e di protezione attuate» e i «dispositivi di protezione individuali adottati» <sup>(7)</sup>, pena l'incorrere in una sanzione *ad hoc* <sup>(8)</sup>. Per legge, dunque, il "documento di valutazione dei rischi" deve essere costruito giustapponendo l'"elenco dei rischi", compilato all'esito di un giudizio di prevedibilità, con l'elenco delle misure di prevenzione e protezione, individuate in base ad un giudizio di *evitabilità*.

In secondo luogo va chiarito che, nonostante la fuorviante dicitura impiegata dal legislatore, quel che il datore di lavoro è chiamato a prevedere ed evitare per il tramite dell'obbligo valutativo non è il rischio <sup>(9)</sup>, bensì l'*evento* (concreto, anche se inevitabilmente "categoriale") che da quel rischio può generarsi. Il giudizio prognostico da riversare nel documento valutativo

---

<sup>(6)</sup> CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, Giappichelli, 2013, p. 27 ss. (spec. p. 32 ss.); MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 17 s., p. 21 s., p. 254, p. 291 (la quale mette in evidenza come le regole "pre-cautelari" o "precauzionali" si prestino a disciplinare l'attività degli enti, ma non quella delle persone fisiche).

<sup>(7)</sup> Art. 28, comma 2, lett. b) del d.lg. n. 81 del 2008. Si vedano, altresì, le definizioni di "prevenzione" («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 salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno», corsivi nostri) e di "valutazione dei rischi" («valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e 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 salute e sicurezza», corsivi nostri) contenute rispettivamente alle lett. n) e q) del medesimo decreto.

<sup>(8)</sup> L'art. 55, comma 3, d.lg. n. 81 del 2008 punisce, tra il resto, il datore di lavoro che «adotta il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), in assenza degli elementi di cui all'articolo 28, comma 2, lettere b)». In argomento, *amplius*, MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro, in Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 207 ss.

<sup>(9)</sup> Nelle nozioni di "rischio" e "pericolo", per come definite dal d.lg. n. 81 del 2008, MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 33 ss. rinviene «tracce normative precauzionali». Sulle predette nozioni di "rischio" (certo, incerto o consentito) e di "pericolo", v. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Giappichelli, 2013, p. 20 ss., p. 31 ss. *Amplius* sul concetto di rischio v., da ultimo, i lavori monografici di D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012 e PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010 (spec. p. 161 ss. per una sintesi). Per l'"impiego" del concetto di "rischio" nell'ambito del reato colposo, v. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 823 ss.; MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Aracne, 2011, p. 27 e p. 87 ss.; PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Jovene, 2011, p. 140 ss.; MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 153 ss. (spec. p. 173); BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, 2010, p. 192 ss. Su nesso di rischio e imputazione obbiettiva dell'evento si vedano ancora, solo tra gli scritti più recenti, BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene, 2012, p. 153 ss.; DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, 2010, p. 635 ss. (Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*,

avrà ad oggetto l'evento-morte o lesioni quale conseguenza, ad esempio, di una caduta dall'alto, di un'elettrocuzione o di uno schiacciamento <sup>(10)</sup>. Per contro, il datore di lavoro che si accontenti di individuare *in astratto* un generico *rischio* connesso ai lavori in altezza, all'intervento su impianti elettrici o all'uso di macchinari automatici mancherà di effettuare il prescritto giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, cosicché non sarà in grado di scegliere le misure di prevenzione e protezione da attuare nel caso specifico ed, in definitiva, mancherà di assolvere all'obbligo stabilito dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro.

In sintesi, possiamo convenire con chi ritiene che l'obbligo di elaborare il documento di valutazione dei rischi abbia natura procedurale o pre-cautelare, ma intendiamo ribadire che lo scopo di una tale previsione normativa è proprio quello di "costringere" il datore di lavoro ad uno sforzo di individuazione delle regole autenticamente cautelari <sup>(11)</sup>. Sicché è vero che l'omessa valutazione dei rischi non può radicare automaticamente la responsabilità datoriale rispetto *all'evento* infortunistico <sup>(12)</sup>, ma, con una sana dose di realismo, va altresì riconosciuto

---

Giappichelli, 2006, p. 37 ss.); LONGOBARDO, *Causalità e imputazione obiettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, 2013, p. 284 ss. (il contributo è pubblicato anche in *questa rivista*, 2013, p. 1224 ss.).

<sup>(10)</sup> Tanto emerge anche dall'esame del decreto interministeriale del 30 dicembre 2012 ("Procedure standardizzate" per la valutazione dei rischi di cui all'articolo 29, comma 5, del d.lg. n. 81 del 2008, ai sensi dell'art. 6, comma 8, lettera f)) e dei i "moduli" ad esso allegati. Segnaliamo, peraltro, come la natura giuridica di tali "procedure standardizzate" non sia stata ad oggi sufficientemente indagata: la "Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro", istituita ai sensi dell'art. 6 d.lg. n. 81 del 2008, ha affermato – come del resto ci appare ovvio – che il datore di lavoro può soddisfare gli obblighi valutativi anche con modalità diverse da quelle contemplate dalle procedure standardizzate, mentre nulla ha detto per il caso contrario. Il problema è cioè se il rispetto di quelle procedure standardizzate esima il datore di lavoro da responsabilità nel caso si verifichi un evento antinfortunistico; domanda che riteniamo debba trovare una risposta negativa per via di un "parallelismo" che si può instaurare tra "procedure standardizzate" e "linee guida" nel settore medico ed in ragione delle conclusioni cui, in quest'ultimo capo, sono giunte la dottrina (CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 55 ss.; CONSORTE, *Tutela penale*, cit., p. 260 ss.; CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale: studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, 2013, p. 149; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario: misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Giappichelli, 2012, p. 88 ss.; RISCATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco: l'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Giappichelli, 2013, p. 23 ss.; ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 135 ss.; p. 164 ss.) e la giurisprudenza (Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, in *C.E.D. Cass.*, n. 254617; Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 8254/11, *ivi*, 249750; Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454, *inedita*).

<sup>(11)</sup> Notoriamente critici rispetto al "processo di normazione delegato ai privati" CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004, p. 88 ss. e STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 55 ss. Recentemente ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Giappichelli, 2015, evidenzia come una condotta proattiva del datore di lavoro sia specificamente richiesta dal d.lg. n. 81 del 2008 in materia di agenti chimici (p. 70 ss.), cancerogeni (p. 98 ss.) e biologici (p. 114 ss.). Possibilista rispetto a questo modello CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, p. 58, p. 104 e p. 334 ss. In argomento anche DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 124 ss.; PIERGALLINI, *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 525 ss.; *Id.*, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 261 ss.; TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'impresa*, Bononia University Press, 2013, p. 331 ss.

<sup>(12)</sup> CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, 42. Seppur riferita ad un contesto diverso e più specifico – qual è la responsabilità datoriale in caso di comportamento imprudente del lavoratore – merita di essere segnalata Sez. IV, 26 giugno 2014, n. 33417, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 198 ss. perché afferma *expressis verbis* che il datore di lavoro non può essere ritenuto automaticamente



che il mancato assolvimento dell'onere valutativo è "indice" (sebbene superabile <sup>(43)</sup> e necessario di integrazione <sup>(44)</sup>) del fatto che il datore di lavoro non ha effettuato le valutazioni di prevedibilità (ed evitabilità) che gli competevano e, dunque, ha agito in un contesto che – quanto meno sotto l'aspetto della colpa per assunzione – è caratterizzato da illiceità.

### 3. DELL'ESITO DEL PROCEDIMENTO VALUTATIVO, OVVERO: DELLA NATURA MODALE DELLE REGOLE CAUTELARI, DELL'ESTRANEITÀ DELL'OBBLIGO DI ASTENSIONE RISPETTO AL PARADIGMA COLPOSO, DELLA LICEITÀ DELLE ATTIVITÀ AD INELIMINABILE RISCHIO RESIDUO

Le "regole autenticamente cautelari" che il datore di lavoro dovrà inserire nel documento di valutazione dei rischi saranno quelle elencate nella normativa tecnica di settore <sup>(45)</sup>(colpa specifica <sup>(46)</sup>) ovvero quelle suggerite dal progresso tecnologico <sup>(47)</sup>(colpa generica); ai sensi dell'art. 15 del d.lg. n. 81/2008 esse potranno essere funzionali alla «eliminazione dei rischi» (regole cautelari proprie) oppure, dove ciò non sia possibile, alla loro «riduzione al minimo» (regole cautelari improprie). In particolare il ricorso a disposizioni comportamentali che abbiano l'effetto non di annullare il rischio, bensì di ridurlo entro margini di accettabilità potrà avvenire in contesti di incertezza scientifica <sup>(48)</sup>(con l'avvertimento, però, che la regola deve essere pur sempre cautelare e non precauzionalistica <sup>(49)</sup>) oppure quando le misure di protezione materiali debbano essere necessariamente affiancate da una procedura operativa <sup>(20)</sup>.

---

responsabile di ogni violazione infortunistica solo in ragione della posizione ricoperta (la sentenza è commentata da MORGANTE, *Infortunio del lavoratore imprudente: quando il datore di lavoro non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 201 ss.). In termini analoghi Sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 8622/10, in *C.E.D. Cass.*, n. 246498.

<sup>(43)</sup> Sul profilo della rilevanza della "valutazione dei rischi di fatto", volendo GROTTI, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa* (nota a Trib. Piacenza, 25 maggio 2011 (dep. 8 agosto 2011), n. 592 e Trib. di Forlì – Sezione Cesena, 23 maggio 2011 (dep. 18 agosto 2011), n. 480), in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 1 ss.

<sup>(44)</sup> Il compito del giudice deve necessariamente estendersi alla indicazione della regola cautelare omessa che, ove prevista nel documento di valutazione dei rischi e rispettata, avrebbe evitato il verificarsi dell'infortunio: così MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 63, p. 187. Non basta cioè – per giungere all'affermazione di responsabilità penale – che il fatto sia collegato alla condotta, ma occorre altresì accertare l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito. Tale distinzione non è ignota a certa giurisprudenza (Sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 23339, in *C.E.D. Cass.*, n. 256941), benché ve ne sia altra che ancora sembra non considerarla (Sez. IV, 22 novembre 2007, n. 5117/08, *ivi*, n. 238778; Sez. IV, 31 gennaio 1995, n. 2650, *ivi*, n. 201422). In tema, v. recentemente D'AURIA, *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 751 ss. (spec. p. 757 s.) e, volendo, GROTTI, *L'accertamento della causalità nell'ambito degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. Spunti per un dibattito*, in *Giust. pen.*, 2014, p. 306 ss.

<sup>(45)</sup> Si vedano le disposizioni contenute nei Titoli da III ad XI del d.lg. n. 81 del 2008.

<sup>(46)</sup> In questo contesto la natura "specifica" della regola cautelare deriva non tanto dalla sua previsione in testo legislativo, quanto dal suo carattere esaustivo. Volendo, GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, 2012, p. 86 ss.

<sup>(47)</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 15, comma 1, lett. c), 30, comma 4, e 182, comma 1, d.lg. n. 81 del 2008. Evidenza come il contemporaneo rischio scientifico-tecnologico abbia messo in discussione la funzione di riferimento che si vorrebbe le scienze empiriche avessero per il diritto penale e come sia paradossale che la gestione del rischio tecnologico venga affidata al sapere scientifico-tecnologico che l'ha originato e che non è in grado di gestirlo CONSORTE, *Tutela penale*, cit., p. 3 ss. e p. 29.

<sup>(48)</sup> Tale ipotesi è tra quelle ascrivibili alla logica precauzionale secondo MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 224 ss.

<sup>(49)</sup> Sulla dimensione normativa e giurisprudenziale del principio di precauzione la bibliografia è oramai molto ampia, v. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, 2012; CIVELLO, *La "colpa eventuale"*, cit., p. 53 e p. 137 ss.; CONSORTE, *Tutela penale*, cit., p. 36 ss., p. 211 ss. e p.

Tale inequivoca presa di posizione del legislatore va certamente valorizzata perché contribuisce a dirimere una questione fondamentale nell'ambito della teoria del reato colposo: quella concernente la possibilità di annoverare, tra le regole cautelari, l'obbligo di astensione.

Come noto, la dottrina maggioritaria ritiene che ciò sia possibile (e dunque declina un precetto comportamentale "di chiusura" nei seguenti termini: "se non si sa come compiere l'attività pericolosa in modo da evitare l'evento, bisogna astenersi!")<sup>(21)</sup>. Altra dottrina, invece, lo esclude in quanto ritiene che alla regola cautelare debba essere necessariamente riconosciuto un carattere "precettivo": essa disciplina il "come fare", non il "se fare"<sup>(22)</sup>.

Ebbene, nel contesto specifico della sicurezza sul lavoro il legislatore ha mostrato di preferire la seconda impostazione<sup>(23)</sup>. Partendo evidentemente dall'assunto che le attività produttive sono lecite anche in quei contesti in cui permanga un "rischio residuo" non tecnicamente eliminabile<sup>(24)</sup>, si è stabilito che il dovere *giuridico* dell'agente non è quello di astenersi, bensì quello di adottare tutte quelle cautele che siano idonee a ridurre quanto più possibile il rischio di verificazione dell'evento. La normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro ammette dunque che nei contesti connaturati da una «rischiosità residua oggettivamente ineliminabile» sia lecito agire anziché astenersi. Con la precisazione, però, che quel che è lecito oggi può non esserlo domani nel caso in cui il progresso tecnologico faccia sì che un rischio prima solo contenibile diventi eliminabile.

La combinazione di questo assunto (ovvero che l'obbligo di astensione non può essere

---

244 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 110 ss.; FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., p. 53 ss., p. 185 ss.; ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica*, cit., p. 27 ss.; MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 164 ss.; PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro: tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, *Jovene*, 2012, p. 58 ss.; PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 225 ss.; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss. Favorevoli all'accoglimento di tale principio RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1743 ss. e CORN, *Il principio di precauzione*, cit., p. 79, p. 145 ss. e p. 160 ss. Contrari, tra i molti, ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 534 ss.; ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, *ivi*, 2006, p. 1240 ss.; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, *ivi*, 2005, p. 1864 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss. Ipotizza il ricorso ad un «precetto precauzionale con funzione cautelare ipotetica» PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647 ss. (l'idea è ripresa e condivisa da ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica*, cit., p. 134, p. 169 ss. e p. 186 ss.).

<sup>(20)</sup> Per un esempio di rischio residuo ineliminabile (e fronteggiabile solo con regole comportamentali), v. Trib. Rovereto, 25 febbraio 2014, n. 76, *inedita*.

<sup>(21)</sup> Per tutti, MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e temi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 46 s. Condivide questa impostazione MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, *Aracne*, 2011, p. 181 ss.

<sup>(22)</sup> CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 86; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *Cedam*, 1993, p. 87 ss., p. 195 ss. e p. 211 s.

<sup>(23)</sup> Alcune dottrine, favorevole all'applicabilità del principio di precauzione nell'ambito del diritto penale, ha evidenziato come sia paradossale che l'ordinamento disciplini e reprima i rischi minori, tecnicamente gestibili, e permetta invece di correre quelli maggiori, che non possono essere ridotti al minimo (v. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 69, che richiama ROMEO CASABONA, *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 385). Tale affermazione, seppure ideologicamente condivisibile, è tuttavia in conflitto con il principio di frammentarietà.

<sup>(24)</sup> C. giust. CE, Sez. III, 14 giugno 2007, n. 127, causa C-1257/05 in *Foro it.*, 2007, p. 500. In argomento, PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 795 ss.

ricondotto alla categoria delle regole cautelari) con il paradigma classico della colpa (secondo il quale la regola cautelare deve sempre poggiare su una legge scientifica <sup>(25)</sup>) porta a ritenere che, quand'anche vi sia un indice di pericolosità della condotta ma manchi un'autentica regola comportamentale (che dica quindi "cosa fare" e non semplicemente di "non fare"), l'attività sia da considerarsi penalmente *lecita* <sup>(26)</sup>. D'altronde solo il legislatore può vincere la "tirannia dell'evento" ed affiancare agli artt. 589 e 590 c.p. da un lato divieti o norme precettive (queste sì, eventualmente, di natura anche precauzionale) e dall'altro fattispecie sanzionatorie di mera condotta <sup>(27)</sup>. Ciò è coerente sia dal punto di vista intrasistemico – stante il carattere frammentario del diritto penale – sia extrasistemico – considerato che il diritto civile è ampiamente in grado di riallocare i costi connessi alle "attività lecite a pericolosità ineliminabile".

#### 4. IL SOGGETTO "COMPETENTE" AD EFFETTUARE LA VALUTAZIONE DEI RISCHI: DEL DOVERE DI INTERPRETARE IL DATO NORMATIVO IN MODO DA EVITARE FORME DI ASCRIZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DA MERA POSIZIONE

Chiarito che l'attività del datore di lavoro consiste nell'individuazione delle regole cautelari codificate applicabili all'attività produttiva concretamente svolta ovvero nell'auto-normazione delle stesse per quei settori (o quelle parti) dove esse manchino, occorre ora volgere lo sguardo a quello che è vero nodo irrisolto dell'obbligo valutativo posto dal d.lg. n. 81/2008.

Ci si riferisce al fatto che, dal punto di vista normativo, il datore di lavoro è l'unico soggetto "competente" a provvedere alla valutazione dei rischi – nel senso di esservi funzionalmente deputato – sebbene lo si consideri "istituzionalmente" privo di tutte le conoscenze necessarie allo scopo – e dunque lo si assuma quale soggetto "in-competente" dal punto di vista tecnico <sup>(28)</sup>.

Quanto ora affermato emerge chiaramente dalla lettura "congiunta" degli artt. 17 e 29 del d.lg. n. 81/2008. La prima norma vieta al datore di lavoro di delegare a terzi l'attività valutativa

---

<sup>(25)</sup> Da ultimo CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 142 s. Sul tema, v. la rassegna giurisprudenziale contenuta in SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 969 ss. ed in VALBONESI, *Malattie professionali ed infortuni sul lavoro: gli aspetti controversi del rimprovero colposo e doloso*, ivi, 2014, p. 851 ss. In argomento, anche BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, ivi, 2011, p. 597 ss.

<sup>(26)</sup> Ribadisce che la tipicità penale è "fattore" di libertà RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 580 ss.

<sup>(27)</sup> Sull'"illecito di rischio", v. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 524 ss. (ripreso da ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica*, cit., p. 159 ss., la quale rinviene un esempio di tale modello di illecito negli artt. 237, lett. d) e 240 del TUSL). Una soluzione analoga (anche se non identica) è proposta da DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, 2007, p. 201 ss. In argomento, v. anche PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1407 ss.

<sup>(28)</sup> Sulla tematica, v. Pisani, *La colpa per assunzione*, cit., p. 97 ss. e p. 195 ss. Un accenno al tema in D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1157 ss.; MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 53; Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene, 2012, p. 87 s.; MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce del D. Lgs. n. 81/2008 e del D. Lgs. "correttivo" n. 106/2009*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene, 2012, p. 103 s.

dei rischi; la successiva, invece, gli impone di provvedervi «in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente»<sup>(29)</sup>.

Le due disposizioni normative, tra loro apparentemente contrastanti, hanno ciascuna una *ratio* ben chiara.

La prima si giustifica in ragione del fatto che il datore di lavoro è il soggetto funzionalmente deputato a gestire l'«organizzazione» o l'«unità produttiva» nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività (art. 2, comma 1, lett. *b* del d.lg. n. 81 del 2008): poiché l'obbligo di valutare i rischi ha un'ineludibile componente organizzativo-precettiva (consistente nell'adozione delle misure di prevenzione e protezione), sarebbe disfunzionale che alla stessa provvedesse un soggetto (magari esterno all'azienda) sprovvisto dei poteri gestionali e di spesa necessari per implementarla.

La seconda norma si spiega perché l'oggetto della valutazione è costituito da *tutti* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori (derivanti dai luoghi di lavoro; dall'uso di attrezzature; dall'esecuzione di cantieri edili; dall'attività di movimentazione dei carichi; dall'esposizione ad agenti fisici, a sostanze pericolose, ad agenti patogeni o ad atmosfere esplosive; dal possibile contatto con ordigni bellici; dallo *stress* lavoro-correlato<sup>(30)</sup>; dallo stato di gravidanza delle lavoratrici; dalle differenze di genere, età o provenienza geografica; dalla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro ...), sicché è pressoché inevitabile che il datore di lavoro si avvalga di «collaboratori» che siano «capaci» e «qualificati»<sup>(31)</sup>, interni o esterni, allo scopo di reperire le conoscenze necessarie per adempiere adeguatamente agli obblighi che su di lui gravano.

In verità il dato normativo cerca di coniugare interessi contrapposti: da un lato, quello di mantenere l'obbligo di tutela in capo a chi sia istituzionalmente dotato di poteri giuridici e fattuali adeguati a soddisfarlo; dall'altro quello che il singolo possa (anzi, debba) acquisire le conoscenze tecniche e di settore che gli mancano presso chi ne è depositario.

Una analoga situazione di tensione tra finalità contrapposte si registra, invero, anche nei casi in cui un pericolo per la sicurezza dei lavoratori sia astrattamente conoscibile con la ordinaria diligenza, ma, per essere scoperto, abbisogna di un'attenzione specifica. Si faccia l'ipotesi di una macchina solo parzialmente protetta da un riparo fisso: in questo caso, anche il datore di lavoro «non scientificamente preparato» sarà in grado di accorgersi della sussistenza di una situazione di pericolo (e dunque «valutare» il relativo rischio), ma lo spirito dell'art. 17 del d.lg. n. 81/2008 è davvero quello di imporre al *manager* di ispezionare personalmente i macchinari del reparto produttivo, disinteressandosi di tutto il resto che pertiene la gestione dell'azienda e comportandosi come se dirigenti, direttori di stabilimento, capiturno, preposti, RSPP e consulenti esterni, sebbene nominati, non esistessero?

La risposta giurisprudenziale è estremamente severa.

Nelle motivazioni delle sentenze che hanno affrontato il tema – ivi compresa quella in commento – i giudici di merito e di legittimità ribadiscono all'unisono che il datore di lavoro non

---

<sup>(29)</sup> Si vedano, altresì, le disposizioni di cui all'art. 33 (specialmente comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*) e comma 3) ed all'art. 41 del d. lg. n. 81 del 2008 (specialmente comma 1, lett. *b*), comma 2 e comma 6).

<sup>(30)</sup> Sullo specifico aspetto dello stress lavoro-correlato, v. CURRÌ, *Colpa di organizzazione e stress da lavoro correlato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 557 ss.

<sup>(31)</sup> L'art. 32 del d.lg. n. 81 del 2008 riguarda «Capacità e requisiti professionali degli addetti e dei responsabili dei servizi di prevenzione e protezione interni ed esterni», mentre l'art. 38 elenca i «Titoli e requisiti del medico competente».

può delegare l'adempimento valutativo e che l'eventuale coinvolgimento di terzi, di per sé non vietato dalla legge, non esplica alcuna influenza sull'atteggiarsi della sua responsabilità. Come a dire, che il datore di lavoro deve (non importa se per conoscenza propria o acquisita) possedere *personalmente* tutte le conoscenze e competenze necessarie a fronteggiare i rischi generati dall'attività produttiva, anche se assolutamente specifiche e tra loro eterogenee; pena, nel caso in cui ciò non sia tecnicamente o umanamente possibile (*sic!*), la cessazione da ogni attività <sup>(32)</sup>.

Tale approccio, che si avvantaggia di alcuni dati testuali (artt. 17, lett. *a*) e 31, comma 5 del d.lg. n. 81/2008) e, forse, non è distante da alcuna dottrina <sup>(33)</sup>, merita però di essere sottoposto ad un'analisi critica. Una conclusione così *tranchant* è, infatti, lontana dalla praticabile realtà delle cose, confligge con il divieto di responsabilità per fatto altrui e tradisce il fondamentale principio di colpevolezza: sanzionare chi, da solo, non ha saputo gestire uno dei mille "rischi della modernità" che la scienza, nel suo complesso, fatica a governare equivale ad istituzionalizzare una responsabilità da posizione e, dunque, può costituire un odioso esempio di diritto penale d'autore <sup>(34)</sup>.

Crediamo invece che le cose debbano stare diversamente.

Da un lato l'obiettivo della legislazione antinfortunistica è quello di aumentare il livello di salvaguardia della salute dei lavoratori ed uno degli strumenti idonei a raggiungerlo è appunto costituito dall'afflusso di conoscenze verso il vertice dell'impresa, provengano esse sia dall'interno della stessa che dal suo esterno. Il datore di lavoro è un "sovrano democratico" che, per organizzare l'attività produttiva verso il predetto obiettivo, si avvantaggia dell'apporto conoscitivo che gli può derivare dal consulto, oltre che – come visto – con il Servizio di Prevenzione e Protezione <sup>(35)</sup> e con il medico competente <sup>(36)</sup>, anche con i preposti <sup>(37)</sup> ed i lavoratori <sup>(38)</sup>, nonché – come espressamente previsto dall'art. 31, comma 3 del d.lg. n. 81/2008 <sup>(39)</sup> – con gli eventuali consulenti esterni.

Dall'altro lato la teorica della colpa offre strumenti tali da permettere di coniugare la

---

<sup>(32)</sup> V. la giurisprudenza citata alla nota 4.

<sup>(33)</sup> MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 29 ss., spec. p. 51. Concordiamo dunque con CONSORTE, *Tutela penale*, cit., p. 208, la quale evidenzia come l'Autore non teorizzi una lettura precauzionale della colpa, ma di fatto rischi di accoglierla.

<sup>(34)</sup> Affronta questa tematica CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 197 ss. (spec. p. 206 s.).

<sup>(35)</sup> Art. 33, comma 1, lett. *a*) del d.lg. n. 81 del 2008: «1. Il servizio di prevenzione e protezione dai rischi professionali provvede: a) all'individuazione dei fattori di rischio, alla valutazione dei rischi e all'individuazione delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, nel rispetto della normativa vigente sulla base della specifica conoscenza dell'organizzazione aziendale».

<sup>(36)</sup> Art. 29, comma 1, lett. *a*) del d.lg. n. 81 del 2008: «Il medico competente: a) collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi».

<sup>(37)</sup> Art. 19, comma 1, lett. *f*) del d.lg. n. 81 del 2008: «... i preposti, secondo le loro attribuzioni e competenze, devono: ...f) segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro, delle quali venga a conoscenza sulla base della formazione ricevuta» (corsivi nostri).

<sup>(38)</sup> Art. 20, comma 2, lett. *e*) del d.lg. n. 81 del 2008: «I lavoratori devono in particolare: ... e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza ...» (corsivi nostri).

<sup>(39)</sup> «Nell'ipotesi di utilizzo di un servizio [di prevenzione e protezione] interno, il datore di lavoro può avvalersi di persone esterne alla azienda in possesso delle conoscenze professionali necessarie, per integrare, ove occorra, l'azione di prevenzione e protezione del servizio» (corsivi nostri).

soddisfazione delle esigenze di tutela di cui è portatrice la parte debole con l'irrinunciabile canone della responsabilità per fatto proprio colpevole.

## 5. (SEGUE) LA SOLUZIONE PROPOSTA

Il progresso culturale e tecnologico ha inevitabilmente portato ad una specializzazione (con conseguente separazione) delle conoscenze e dei saperi, sicché sono numerosissime le attività che necessitano di essere svolte attraverso un "lavoro di squadra" <sup>(40)</sup>. Le esemplificazioni che si possono fare sono molteplici ed abbracciano ogni situazione della vita comune: il meccanico collabora con l'elettrauto ed il gommista; il fiscalista collabora con il consulente del lavoro; il cardiocirurgo collabora con il ferrista ... Ciò vale anche per i contesti produttivi, dove, ad esempio, il disegnatore, l'operatore di macchina, l'attrezzista, il manutentore, il responsabile della qualità collaborano tutti per la realizzazione di un unico prodotto finale.

È, dunque, fisiologico che chi ricopre posizioni di vertice non posseda tutte le conoscenze proprie di ciascuna delle persone a lui sottoposte ed è per questo motivo che il legislatore ha istituzionalizzato lo scambio di conoscenze, imponendo che il datore di lavoro si confronti almeno con il servizio di prevenzione e protezione e con il medico competente (i quali, per converso, sono destinatari di un obbligo di collaborazione, nel secondo caso addirittura presidiato da sanzione <sup>(41)</sup>).

Il ricorso a conoscenze di terzi serve al datore di lavoro per effettuare quelle valutazioni di prevedibilità ed evitabilità che la legge gli impone e che, diversamente, egli non sarebbe in grado di compiere. Non è dunque affatto anomalo che il datore di lavoro effettui la valutazione dei rischi avvalendosi di altri soggetti (e dunque preveda gli eventi dannosi e individui le regole comportamentali in grado di prevenirli insieme con loro): ciò, anzi, dovrà accadere in tutte le situazioni in cui egli si renda conto di non possedere le conoscenze tecniche e l'esperienza necessarie per adempiere diligentemente all'obbligo valutativo: il datore di lavoro che non sa è tenuto a chiedere aiuto a chi sa. Se così non fosse, ovvero se preferisse "far da sé" pur non avendone le capacità, egli si esporrebbe al rischio di incorrere in errori o manchevolezze e, dunque, la sua condotta verrebbe pacificamente a collocarsi nell'ambito della "colpa per assunzione" <sup>(42)</sup>.

Spesso il rivolgersi a soggetti terzi che siano portatori di saperi specifici (interni alla struttura aziendale, quali l'RSPP o il medico competente, oppure esterni alla stessa) è per il datore di lavoro l'unico modo per assolvere all'obbligo cautelare-prevenzionistico.

Una volta chiarito che il coinvolgimento di più soggetti al fianco del datore di lavoro rappresenta, nell'attività di valutazione del rischio, una situazione imposta sia dalla necessità di acquisire quelle conoscenze che permettono di provvedervi sia dalle disposizioni normative,

---

<sup>(40)</sup> In argomento, v. GIZZI, *La responsabilità medica di equipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 31 ss.; ROJATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 87 ss. e p. 243 ss. (laddove distingue tra "doveri comuni", per i quali non è possibile invocare l'affidamento, e "doveri specifici", per i quali ciò è invece possibile); RISCATO, *L'attività medica di équipe*, cit., *passim* (spec. p. 31 ss.). Più in generale, sulla "dimensione relazionale della colpa", CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 321 ss. e, sul principio di affidamento, F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 536 ss., nonché – in chiave monografica – CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004, p. 485 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003 e M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997.

<sup>(41)</sup> Art. 58, comma 1, lett. c) del d.lg. n. 81 del 2008.

<sup>(42)</sup> PISANI, *La colpa per assunzione*, cit., *passim* (spec. p. 103 ss.).

si pone il problema di comprendere quali regole governino l'iscrizione delle rispettive responsabilità individuali. Per esemplificare, si prenda il caso in cui il medico competente o il consulente esterno, per superficialità o distrazione o inesperienza non si accorgano di un rischio ovvero, detto "nel linguaggio della colpa", omettano di prevedere che dallo svolgimento di un certo tipo di attività possa derivare un determinato evento, sicché il datore di lavoro, non "allertato" sul punto dai propri consulenti, manchi di azionare i poteri gestori che gli competono ed ometta quindi di implementare le misure preventive necessarie: in tal contesto chi dovrà rispondere dell'infortunio eventualmente occorso al lavoratore?

Come visto, la giurisprudenza è rigidamente ancorata al dato formale dell'indelegabilità della valutazione del rischio ed è quindi portata a concludere per l'affermazione di responsabilità datoriale. L'eventuale concorrente responsabilità di soggetti estranei, cioè, non esclude né limita la responsabilità del datore di lavoro, sul quale si ritenga debba ricadere per il intero il peso dell'organizzazione dell'apparato antinfortunistico <sup>(43)</sup>.

Crediamo, invece, che la soluzione al problema passi attraverso un giudizio più ponderato, all'esito del quale possono darsi anche casi di responsabilità *esclusiva* dell'*extraneus*.

In particolare, gli "strumenti" giuridici che permettono di risolvere il problema sono costituiti dall'art. 113 c.p., declinato in funzione incriminatrice <sup>(44)</sup>, e dalla cosiddetta doppia misura della colpa <sup>(45)</sup>.

Sotto il primo profilo, occorre evidenziare – a costo di risultare ovvi – come l'attività del consulente negligente o imperito assuma una rilevanza decisiva rispetto alla verifica dell'evento. In particolare nell'esemplificazione che si è proposta è chiaro che l'evento infortunistico è la conseguenza di una mancata o sbagliata attività predittiva, imputabile al consu-

<sup>(43)</sup> V., ad esempio, la giurisprudenza in tema di macchine marcate CE ma insicure: Sez. IV, 8 agosto 2011, n. 31751; Sez. IV, 25 novembre 2010, n. 1226/11, *inedita*; Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 34774, *inedita*; Sez. IV, 14 ottobre 2009, n. 43443, *inedita*; Sez. fer., 26 agosto 2008, n. 45335, *inedita*; Sez. IV, 12 giugno 2008, n. 37060, in *C.E.D. Cass.* n. 241020; Sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280/08, *ivi* n. 238959. Per un'esclusione di responsabilità in tema di vizio occulto del macchinario, v. Sez. IV, 6 novembre 2012, n. 47274, *inedita*.

<sup>(44)</sup> Recentemente, ritengono che l'art. 113 c.p. abbia funzione incriminatrice BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 12 ss. e MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 298 ss. (nell'ambito di una impostazione più complessiva, che postula la possibilità di ritenere che tra persona fisica ed ente sussista una fattispecie plurisoggettiva di concorso necessario: p. 138 ss.). In precedenza: SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, p. 117 ss. *Amplius*, sul tema: CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 122 ss.

<sup>(45)</sup> Solo a titolo esemplificativo e tra gli scritti più recenti: CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss.; CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.; *Id.*, *La colpa penale*, cit., p. 1723 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 222 ss.; MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., p. 149 ss.; ROLATI, *Medicina difensiva*, cit., p. 354 ss. In precedenza, CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Cedam, 1989, p. 98 ss.; G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati, 1978-1977*, p. 273; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, p. 12 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990, p. 321 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 138 s.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, p. 125 ss.; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971, p. 158; *Id.*, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, p. 186 ss.; PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 538 ss. e p. 543 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003, p. 8 s. Per un riconoscimento giurisprudenziale della dimensione normativa della colpa e della "doppia collocazione": Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *C.E.D., Cass.*, n. 255105; Sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391/12, *ivi*, n. 251941; Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, *ivi*, n. 251960; Sez. IV, 16 giugno 2010, n. 32126, *inedita*; Sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, in *C.E.D. Cass.*, n. 245663; Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, *ivi*, n. 237875.

lente, che si riverbera in una mancata attività impeditiva, imputabile al datore di lavoro (che è l'unico in grado di provvedervi, perché dotato dei poteri direzionali e di spesa necessari allo scopo). Dal punto di vista giuridico la condotta del consulente assume rilevanza *perché* collegata ad una manchevolezza del datore di lavoro: l'infortunio non è evitato (dal datore di lavoro) perché non è preveduto (dal consulente), sicché esso è «cagionato dalla cooperazione di più persone». È dunque decisivo non che la manchevolezza del singolo sia o meno presidiata da un'autonoma sanzione contravvenzionale <sup>(46)</sup>, ma che tale manchevolezza, in combinazione con altre, abbia cagionato l'evento. In altre parole, la condotta del consulente, che è soggetto non portatore di una posizione di garanzia e privo di poteri impeditivi, acquista un'evidente tipicità penale per il tramite dell'art. 113 c.p., che, così come accade indiscutibilmente per l'art. 110 c.p., è norma che dilata i confini del *fatto* penalmente rilevante.

Tanto la condotta del consulente quanto quella del datore di lavoro sono dunque tipiche perché connesse all'evento sia da un nesso di "causalità naturalistica" che da un nesso di "causalità giuridica" (o di "causalità della colpa") <sup>(47)</sup>: l'infortunio è la conseguenza del mancato rispetto di norme cautelari da parte del datore di lavoro e del consulente.

Quello che, invece, distingue le posizioni dei due soggetti è la rispettiva rimproverabilità soggettiva del comportamento oggettivamente colposo. Infatti, la mancata attivazione da parte del datore di lavoro delle cautele prevenzionistiche dotate di efficacia impeditiva rispetto all'evento è elemento necessario ma non sufficiente per giungere ad una comminatoria penale, perché a tal fine si deve altresì accertare che quell'agente concreto, in quella situazione specifica, fosse nella condizione soggettiva di poter rispettare una data regola comportamentale. Il che significa, nell'esempio proposto, che andrà valutato se il datore di lavoro si sia trovato nelle condizioni di potersi accorgere delle mancanze o degli errori del proprio consulente <sup>(48)</sup> ovvero se la condotta doverosa (consistente nell'attivazione delle misure di prevenzione e protezione) fosse da lui esigibile.

Tale bipartizione del giudizio presuppone che si condivida quella dottrina secondo cui va distinto il piano della tipicità colposa da quello della colpevolezza colposa. L'impostazione dogmatica predetta conosce diverse declinazioni ed, in particolare, è discusso quali elementi vadano ricondotti al fatto tipico (o *Tatbestand*): se esso cioè debba essere "tutto oggettivo" oppure si presti ad accogliere anche elementi soggettivi. Nel primo caso sarebbe da ricondurre alla tipicità solo il giudizio di causalità naturalistica ed il giudizio di causalità della colpa (a sua volta articolato in individuazione della regola cautelare attraverso un giudizio di prevedibilità ed evitabilità; verifica del fatto che l'evento concretamente accaduto rientri nella *ratio* di tutela della regola cautelare violata; accertamento dell'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito), mentre sarebbe da riportare entro la categoria della colpevolezza ogni valutazione che abbia a che fare con le caratteristiche soggettive dell'agente concreto e, dunque, ogni

---

<sup>(46)</sup> La mancanza di una contravvenzione *ad hoc* è spesso valorizzata da quelle impostazioni teoriche che vogliono escludere la responsabilità dell'RSPP. Sul tema, v. PIVA, *La responsabilità del «vertice»*, cit., p. 23 ss., con richiami giurisprudenziali.

<sup>(47)</sup> Distingue tra causalità naturalistica, reale ed effettiva, e causalità della colpa, normativa ed ipotetica, Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *C.E.D. Cass.*, n. 248847-248852 (vicenda Montefibre). Per l'affermazione dell'esistenza di "modelli differenziati di causalità penale", si veda, tra gli scritti più recenti, BARTOLI, *Il problema della causalità penale: dai modelli unitari al modello differenziato*, Giappichelli, 2010, p. 47 ss. e p. 85 ss.

<sup>(48)</sup> Sul problema della riconoscibilità della regola cautelare (*Anlassmoment*): CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 319 ss.; PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 54 ss.



giudizio di rimproverabilità soggettiva o (in)esigibilità. Nel secondo caso, invece, il *Tatbestand* (soggettivo) sarebbe la sede per valutazioni anche di ordine soggettivo ed, in particolare, per compiere un giudizio di “prevedibilità in concreto” e di “esigibilità del comportamento doveroso”<sup>(49)</sup>.

Mancando sul punto qualsiasi indice normativo<sup>(50)</sup> e non essendovi un’impostazione che possa dirsi “ontologicamente vera”, riteniamo di dover preferire la prima soluzione, perché ci pare dotata di maggior chiarezza sistematica, più aderente all’accertamento processuale del fatto colposo e più idonea a guidare l’interprete nei “casi difficili”. Per contro, ci sembra che la scelta di ricondurre già al fatto tipico giudizi di natura squisitamente soggettiva, benché non impedita dalla natura convenzionale di ogni tentativo di sistematizzazione, conduca a soluzioni di difficile governabilità pratica e possa produrre effetti contrari a quelli desiderati: svuotando la colpevolezza per riempire di soggettività il fatto tipico si rischia di mancare l’obiettivo che ci si prefigge, ovvero quello di rendere il reato colposo più aderente al principio di colpevolezza.

Così impostato il problema da punto di vista teorico, si avrà che il proposto “doppio giudizio” della responsabilità datoriale potrà dare tre esiti diversi.

La prima ipotesi è quella in cui, pur essendovi un comportamento tipico (nei termini predetti di una “tipicità estesa” ex art. 113 c.p.), non sia soggettivamente rimproverabile né la condotta del consulente (nel senso che non era concretamente esigibile che egli prevedesse quel che non ha previsto o che si accorgesse di quel che non ha visto) né quella del datore di lavoro (cui «nessuno ha detto nulla»): in tal caso alcuno dei due risponderà *penalmente* per l’evento occorso.

La seconda ipotesi è quella nella quale sia esigibile la condotta (predittiva) del consulente, ma inesigibile la condotta (preventiva) del datore di lavoro. Ciò accadrà tutte le volte in cui da un lato il consulente non abbia previsto un evento che invece, in base a conoscenze scientifiche da lui attingibili, era prevedibile e dall’altro il datore di lavoro non abbia conoscenze tecniche tali da poter “far da sé” (ovvero tali da poter compiere in prima persona il giudizio di prevedibilità) e non vi siano “indizi” dell’altrui inottemperanza. In tal contesto, in caso di infortunio si dovrà concludere che è tipica la condotta di entrambi, ma è colpevole solo la condotta del consulente. Sicché il datore di lavoro, che abbia fatto incolpevole affidamento sul consulente<sup>(51)</sup> e la cui inerzia non sia dunque rimproverabile, andrà assolto «perché il fatto non costituisce reato».

L’ultima ipotesi è quella in cui, sebbene non “allertato” dal consulente, il datore di lavoro abbia tenuto una condotta che, oltre ad essere contraria a diligenza, sia anche soggettivamente rimproverabile. Ciò accade, per esempio, quando l’evento sia prevedibile anche solo usando

---

<sup>(49)</sup> CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa: il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, 2011, p. 152 ss. e p. 201 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 365 ss., p. 462 ss. e p. 519 ss.; CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 245 ss. (spec. p. 256), p. 272, p. 288 ss. e p. 306; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 149 ss.; PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 158 ss.

<sup>(50)</sup> CIVELLO, *La «colpa eventuale»*, cit., p. 304 ritiene di rinvenire la “copertura normativa” dell’impostazione proposta nell’art. 43 c.p. in quanto – si afferma – l’esigibilità (intesa come dimensione soggettiva della evitabilità e dunque da ricondurre ancora al *Tatbestand*) è il corollario della concezione normativa, appunto accolta dal dato codicistico. L’argomento, tuttavia, prova troppo, non essendo affatto così univoca la *ratio* dell’art. 43 c.p. (vuoi anche per l’epoca in cui tale articolo fu scritto).

<sup>(51)</sup> Sull’attuale scarsa rilevanza del principio di affidamento nell’ambito della sicurezza sui luoghi di lavoro, v. MASULLO, *Colpa penale*, cit., p. 275 ss.

una normale oculatezza, ovvero senza l'impiego di conoscenze tecniche specifiche e qualificate<sup>(52)</sup>, ma avviene anche in quei contesti in cui vi siano elementi fattuali che suggeriscano al datore di lavoro di "non fidarsi" del proprio consulente. Ciò può accadere, in particolare, quando il datore di lavoro violi due regole "pre-cautelari" non scritte, ma facilmente ricavabili attraverso una valutazione prudentiale e certamente valorizzabili nell'ambito del giudizio di colpevolezza.

La prima regola riguarda il momento della scelta del consulente, che deve essere fatta con attenzione ed oculatezza. Ciò vale innanzi tutto per i "consulenti *ex lege*", ovvero per l'RSPP ed il medico competente: rispetto al primo compete al datore di lavoro valutare se egli posseda «le capacità ed i requisiti professionali... adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative»<sup>(53)</sup>, mentre con riferimento al secondo è lo Stato che si fa carico di selezionare le persone competenti e tenerne un elenco<sup>(54)</sup>. Tale *modus agendi* deve però valere per selezionare ogni altro apporto di conoscenza, sicché anche il ricorso alla prestazione consulenziale esterna andrà orientata verso soggetti tanto più qualificati quanto più specifico sia il rischio generato dall'attività produttiva. Il datore di lavoro che non ponga siffatta attenzione nella scelta del consulente incorrerà in una *culpa in eligendo*<sup>(55)</sup>, il che renderà possibile muovergli un rimprovero soggettivo per non aver adottato le misure di tutela che un consulente preparato gli avrebbe suggerito.

La seconda regola attiene, invece, al controllo sull'attività svolta dai soggetti terzi, coinvolti nell'attività valutativa per obbligo di legge o per opportunità. Se da un lato è legittimo che il datore di lavoro presuma che il consulente ed, a maggior ragione, l'esperto all'uopo incaricati svolgano la propria attività con la massima diligenza, dall'altro è noto come il principio di affidamento non sia invocabile quando le circostanze fattuali inducano a ritenere che i consociati non si comporteranno così come ci si attende. Quel che è determinante è cioè se nel caso concreto l'agente potesse concretamente prevedere l'altrui comportamento scorretto. Sicché il datore di lavoro che non voglia venire a trovarsi in una situazione di *culpa in vigilando*<sup>(56)</sup>, dovrà innanzi tutto verificare che i consulenti svolgano effettivamente i compiti affidati loro per legge o per contratto (ad esempio, egli dovrà accertarsi che il medico competente, oltre a provvedere alla sorveglianza sanitaria, visiti gli ambienti di lavoro per rendersi personalmente conto dei rischi presenti<sup>(57)</sup>) e successivamente dovrà vagliare il loro lavoro per verificare, secondo le *proprie personali conoscenze*, se esso presenti lacune o incoerenze (ad esempio, egli non potrà rimettere in discussione le considerazioni fatte dal consulente che si fonda su uno specifico bagaglio di conoscenze tecniche, ma dovrà verificare che questi abbia preso in considerazione tutte le lavorazioni aziendali e tutti i contesti in cui esse si svolgono).

Ebbene, in entrambe tali situazioni si avrà che *intraeus* (il datore di lavoro) ed *extraneus* (il consulente) saranno chiamati a rispondere dell'evento infortunistico, essendovi da parte di

---

<sup>(52)</sup> Si pensi al caso in cui sia il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione sia il datore di lavoro omettano di segnalare al datore di lavoro, come pure sarebbe loro obbligo, che le parti in movimento di una macchina non sono completamente segregate, ma quest'ultimo possa accorgersi di ciò anche solo ispezionando visivamente il macchinario.

<sup>(53)</sup> Così l'art. 32, comma 1, del d.lg. n. 81 del 2008. Il già menzionato art. 31, comma 3 fa tuttavia salva la possibilità di «integrare, ove occorra,» le conoscenze dell'RSPP ricorrendo a soggetti terzi.

<sup>(54)</sup> Art. 38 del d. lg. n. 81 del 2008, specialmente comma 4.

<sup>(55)</sup> PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 215 ss.

<sup>(56)</sup> *Ibidem*, 208 ss.

<sup>(57)</sup> Art. 25, lett. l) del d. lg. n. 81 del 2008.

entrambi una oggettiva violazione delle regole cautelari ed essendo entrambi soggettivamente rimproverabili <sup>(58)</sup>.

## 6. CONCLUSIONI

In conclusione, il percorso motivazionale della sentenza in commento si espone ad alcune censure nella parte in cui ribadisce che il divieto di esternalizzare la valutazione dei rischi deve essere inteso in maniera assoluta, senza che il datore di lavoro possa mai “liberarsi”, in alcun contesto, delle responsabilità che conseguono alla sua posizione.

Al contrario, la suprema Corte avrebbe dovuto partire dall’assunto che il ricorso ai “saperi della comunità” è l’unico modo per adempiere all’obbligo prevenzionistico in maniera effettiva ed efficace e, pertanto, avrebbe potuto cogliere l’occasione per specificare che la funzione dell’art. 17 non è quella di impedire al datore di lavoro di avvalersi di terzi nell’adempimento dell’attività valutativa, obbligandolo a provvedervi *personalmente*, bensì quella di ribadire che il vertice aziendale deve necessariamente provvedere all’organizzazione di tale attività ed al coordinamento dei diversi soggetti che alla stessa collaborano. I compiti indelegabili del datore di lavoro consistono, dunque, nel dovere *ex ante* di “organizzare” la valutazione del rischio (avvalendosi di esperti specificamente “selezionati” per le rispettive competenze e mettendo questi ultimi nelle condizioni di poter svolgere l’incarico assegnato, ad esempio, garantendo un pieno accesso ai luoghi produttivi e mettendo a disposizione tutte le risorse necessarie) <sup>(59)</sup> e nel dovere *ex post* di verificare che i consulenti abbiano puntualmente adempiuto all’incarico ricevuto e che il documento valutativo non presenti carenze rilevabili *ictu oculi*.

Sicché, in un caso come quello oggetto di giudizio, da un lato avrebbe certamente dovuto essere indagata la responsabilità della società di consulenza cui era stata affidata la valutazione del rischio chimico e dall’altro l’imputato avrebbe dovuto essere mandato assolto per difetto di colpevolezza colposa.

---

<sup>(58)</sup> Il “vincolo di unificazione” *ex art. 113 c.p.* non impedisce che la rimproverabilità soggettiva dell’*intraneus* e dell’*extraneus* possa fondarsi su aspetti diversi: la necessità di scegliere bene e controllare l’operato del consulente ovvero la riconoscibilità dei suoi errori per il primo; la possibilità di accorgersi del rischio e prevedere l’evento per il secondo.

<sup>(59)</sup> È questo l’aspetto valorizzato da PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 198 ss., che propone di “leggere” l’obbligo valutativo come un dovere di carattere più che altro organizzativo. Prima di lui, CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio*, cit., p. 955 ss. Pure DI LANDRO, *Dalle linee guida*, cit., p. 272 ss. mette in luce come, anche in ambito sanitario, la responsabilità colposa possa assumere connotazioni organizzative». Analoga affermazione con riferimento al dirigente sanitario GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, ETS, 2009, p. 222. Il tema è affrontato anche FURIN-DE NEGRI, *La nuova sicurezza del lavoro: soggetti, responsabilità e sanzioni. Guida operativa al nuovo Testo Unico (D. L.vo 9 aprile 2008, n. 81)*, La Tribuna, 2008, p. 92 ss.

