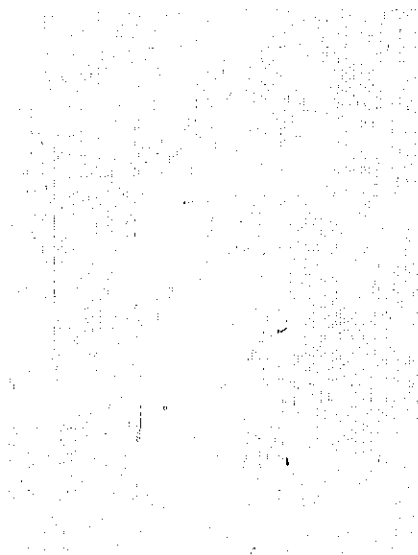


SCRITTI IN ONORE DI LUIGI STORTONI

a cura di

Marco Mantovani, Francesca Curi, Silvia Tordini Cagli,
Valeria Torre e Michele Caianiello



Bononia University Press

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo, 7
40123 Bologna
tel. (+39) 051 232882
fax (+39) 051 221019

© 2016 Bononia University Press

ISBN 978-88-6923-139-1

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i paesi.

Impaginazione: Sara Celia

Stampa: Global Print

Prima edizione: giugno 2016

PROBLEMI ATTUALI

Liberalismo e prostituzione
Alberto Cadoppi

*La situazione spirituale
Profili di diritto sostanziale*
Massimo Donini

*La crisi della tipicità
della giustizia penale*
Alessandro Gambetta

*L'uso alternativo del diritto
all'inizio degli anni Settanta*
Umberto Guerini

*Argomentare e convincere
Una missione impossibile*
Gaetano Insolera

Osservando oggi il diritto
Filippo Sgubbi

*Legge e prassi nella
giustizia civile*
Alberto Camon

*Il metodo della ricerca
giuridica*
Renzo Orlandi

L'INDELEGABILITÀ DELLA VALUTAZIONE DEI RISCHI PER LA SALUTE E LA SICUREZZA DEI LAVORATORI: PER UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 17 DEL D.LGS. N. 81/2008

Marco Grotto

1. Premessa

In questo scritto si intende riflettere sull'effettiva portata dell'obbligo di valutare i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori che la normativa antinfortunistica pone a carico del datore di lavoro. In particolare, si focalizzerà l'attenzione sul divieto, apparentemente assoluto, per il vertice datoriale di valersi di terzi per provvedere a tale adempimento e sulla compatibilità di tale previsione con i principi che sorreggono il diritto penale.

La riflessione si origina dal fatto che una certa giurisprudenza tende ad affermare la responsabilità *penale* del vertice solo giustapponendo l'omessa valutazione del rischio alla verifica dell'evento, senza soffermarsi né sul contenuto che tale valutazione avrebbe dovuto avere nel caso concreto, né sulla (soggettiva) addebitabilità di eventuali mancanze al datore di lavoro, né sui rapporti eziologici (in termini di causalità della colpa) tra le manchevolezze riscontrate e l'infortunio.

Per fronteggiare il rischio dell'insorgenza di una responsabilità oggettiva da posizione¹, si tenterà dunque di dimostrare come sia possibile una lettura dell'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008 capace di coniugare le legittime aspettative di tutela che l'ordinamento ripone sul datore di lavoro con il rispetto del principio di colpevolezza.

¹ In argomento non può mancare il richiamo al Maestro che si omaggia: L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 71 ss. Tra gli altri moltissimi contributi, v. I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 115 ss.; D. 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, Firenze University Press, 2010, p. 285 ss.; F. PONTRANDOLFI, *La responsabilità penale del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza. Verso la (incostituzionale) responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 499 ss. In anticipo sui tempi, con specifico riferimento alla sicurezza sui luoghi di lavoro, A. CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 949 ss.

2. Natura cautelare vs. natura precauzionale dell'obbligo di valutazione dei rischi

Preliminarmente occorre chiarire se l'obbligo di redigere la valutazione dei rischi abbia o meno natura cautelare. La questione nasce dalla distinzione, operata dalla dottrina più recente, tra regole "autenticamente cautelari" da un lato e regole "pre-cautelari" o "organizzative non cautelari" dall'altro: 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 sprovviste 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 lecito dotato di efficacia impeditiva rispetto all'evento, essendo evidente che solo l'osservanza delle regole comportamentali fa sì che esso non si realizzi².

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.lgs. 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»³, pena l'incorrere in una sanzione *ad hoc*⁴. 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

² G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 27 ss. (spec. 32 ss.); M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 17 s., 21 s., 254, 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).

³ Art. 28, comma 2, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008. 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.

⁴ L'art. 55, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008 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, lettera b)». In argomento, *amplius*, D. MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 207 ss.

valutativo non
che da quel ris
tativo avrà ad
dura dall'alto,
che si acconter
all'intervento s
il prescritto gi

⁵ Nelle nozi
pa penale e precau
p. 33 ss., rinvien
sentito) e di "peri
tà, possibili svilup
i lavori monograf
penale, Milano, C
2010 (spec. p. 16
v. L. CORNACCHI
Studi in onore di l
propri, Roma, Arz
nel diritto penale
diritto penale del
giuridica, Torino,
vedano ancora, so
del Testo Unico sui
sul lavoro, Napoli
nale), in *Enc. dir.*
Torino, Giappich
e di politica crimin
portamento altern
2013, p. 284 ss. (

⁶ Tanto eme
dizzate" per la val
si dell'articolo 6, c
giuridica di tali
sione consultiva p
81/2008, ha affer
valutativi anche c
detto per il caso c
di lavoro da respo
trovare una rispo
te" e "linee guida"
la dottrina (G. C
soggettiva della co
maticità, possibili
all'anticipazione d
e dai protocolli all'
malpractice, Torino
obblighi di controlli
A. ROIATI, *Medici*
ss., 164 ss.) e la g
23.11.2010-2.3.20

zione dei rischi

dei rischi abbia o la dottrina più retolari" o "organizzamentali che, se un contenuto or-

mpiti indelegabili zione e Protezione la categoria: la re- ta certamente uno n comportamento o evidente che solo

dalla mancata ela- una responsabilità necessarie alcune

n. 81/2008 non si onnessi all'attività nel documento di dispositivi di pro- Per legge, dunque, tendo l'elenco dei misure di preven-

piegata dal legisla- amite dell'obbligo

rtrezza e "verità sogget- Colpa penale e precau- nte, Napoli, Edizioni regole "pre-cautelari" sone fisiche).

oni di "prevenzione" voro, l'esperienza e la azione e dell'integrità ale e documentata di one in cui essi presta- protezione e ad elabo- di salute e sicurezza»,

o che «adotta il docu- rticolo 28, comma 2, di lavoro, in *Il nuovo*

valutativo non è il *rischio*⁵, bensì l'*evento* (concreto, anche se inevitabilmente "categoriale") che da quel rischio può generarsi. Il giudizio prognostico da riversare nel documento valutativo avrà ad oggetto l'*evento*-morte o lesioni quale conseguenza, ad esempio, di una caduta dall'alto, di un'elettrocuzione o di uno schiacciamento⁶. 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

⁵ Nelle nozioni di "rischio" e "pericolo", per come definite dal d.lgs. n. 81/2008, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, p. 33 ss., rinviene «tracce normative precauzionali». Sulle predette nozioni di "rischio" (certo, incerto o consentito) e di "pericolo", v. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 20 ss., 31 ss. *Amplius* sul concetto di rischio v., da ultimo, i lavori monografici di F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, e C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010 (spec. p. 161 ss. per una sintesi). Per l'impiego del concetto di "rischio" nell'ambito del reato colposo, v. L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 823 ss.; A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011, p. 27 e 87 ss.; D. PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, Jovene, 2011, p. 140 ss.; D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 153 ss. (spec. p. 173); R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 192 ss. Su nesso di rischio e imputazione obiettiva dell'evento si vedano ancora, solo tra gli scritti più recenti, R. 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*, Napoli, Jovene, 2012, p. 153 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir. Annali dal 2007*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 635 ss. (Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 37 ss.); C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione obiettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 284 ss. (il contributo è pubblicato anche in *Cass. Pen.*, 2013, p. 1224 ss.).

⁶ Tanto emerge anche dall'esame del Decreto Interministeriale del 30.12.2012 ("Procedure standardizzate" per la valutazione dei rischi di cui all'articolo 29, comma 5, del decreto legislativo n. 81/2008, ai sensi dell'articolo 6, comma 8, lettera f) e dei "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 del d.lgs. n. 81/2008, 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 (G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, p. 55 ss.; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 260 ss.; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale: studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 149; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario: misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 88 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco: l'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 23 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 135 ss., 164 ss.) e la giurisprudenza (Cass. pen., sez. IV, 11.7.2012-19.9.2012, n. 35922; Cass. pen., sez. IV, 23.11.2010-2.3.2011, n. 8254; Cass. pen., sez. IV, 18.2.2010-16.3.2010, n. 10454).

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.

Pertanto è vero che l'omessa valutazione dei rischi non può radicare *automaticamente* la responsabilità datoriale rispetto *all'evento* infortunistico⁷, ma, con una sana dose di realismo, va altresì riconosciuto che il mancato assolvimento dell'onere valutativo è "indice" (sebbene superabile⁸ e necessario di integrazione⁹) del fatto che il datore di lavoro non ha effettuato le valutazioni di prevedibilità (ed evitabilità) che gli competevano.

Ribadiamo: si può convenire sul fatto che l'obbligo di elaborare il documento di valutazione dei rischi non abbia, di per sé solo, carattere cautelare, ma va precisato che *per legge* tale documento deve contenere regole comportamentali adeguate al caso specifico e dotate di efficacia impeditiva (o contenitiva) dell'evento. La previsione di un obbligo procedurale o pre-cautelare (l'effettuazione della valutazione dei rischi e la redazione del relativo documento) ha cioè lo scopo di "costringere" il datore di lavoro ad uno sforzo di individuazione delle regole autenticamente cautelari e quindi assume un ruolo centrale nella valutazione della responsabilità colposa da evento infortunistico¹⁰.

⁷ G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, cit., p. 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 Cass. pen., sez. IV, 26.6.2014-29.7.2014, n. 33417, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 198 ss. perché afferma *expressis verbis* che il datore di lavoro non può essere ritenuto automaticamente responsabile di ogni violazione infortunistica solo in ragione della posizione ricoperta (la sentenza è commentata da G. MORGANTE, *Infortunio del lavoratore imprudente: quando il datore di lavoro non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 201 ss.). In termini analoghi Cass. pen., sez. IV, 4.12.2009-3.3.2010, n. 8622.

⁸ Sul profilo della rilevanza della "valutazione dei rischi di fatto", volendo M. GROTTA, *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.

⁹ 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 M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, p. 63, 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 (Cass. pen., sez. IV, 20.9.2012-2.1.2013, n. 38; Cass. pen., sez. IV, 31.1.2013-30.5.2013, n. 23339), benché ve ne sia altra che ancora sembra non considerarla (Cass. pen., sez. IV, 22.11.2007-1.2.2008, n. 5117; Cass. pen., sez. IV, 22.11.2007-1.2.2008, n. 5117; Cass. pen., sez. IV, 31.1.1995-15.3.1995, n. 2650). In tema, v. recentemente D. D'AURIA, *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 751 ss. (spec. 757 s.) e, volendo, M. GROTTA, *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.

¹⁰ Notoriamente critici rispetto al "processo di normazione delegato ai privati" F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 88 ss. e F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 55 ss.; ID., *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999. Recentemente A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2015, evidenzia come una condotta proattiva del datore di lavoro sia specificamente richiesta dal d.lgs. n. 81/2001 in materia di agenti chimici (p. 70 ss.), cancerogeni (p. 98 ss.) e biologici (114 ss.). Possibilista rispetto a questo modello D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 58, 104 e 334 ss. In argomento anche A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale*

3. Regole cau

Le "regole aut di valutazione pa specifica)¹² si dell'art. 15 «rischi» (regole minimo» (reg mentali che al accettabilità po che la regola d

nel settore sanitari di prevenzione de con la giurisprudi penale, in *Dir. pe*

¹¹ Si vedano

¹² In questo testo legislativo, «provenibilità soggi

¹³ Si vedano d.lgs. n. 81/2008 sione la funzione paradossale che l originato e che ne li, problematicità,

¹⁴ Tale ipote precauzione nel se

¹⁵ Sulla dim mai molto ampia

nella struttura de Epistemologia del principio di preca

DI LANDRO, *Dal p. 110 ss.; G. Fo cauzione*, in *Crim ss.; A. ORSINA, L*

penale e precauzi p. 164 ss.; N. Pi

innovazioni tecnu alimentari. Rifles

pen. econ., 2010, p. 1193 ss. *Favori*

penale. Genesi e c rinucci, 2006, M

145 ss. e 160 ss. *dir. proc. pen.*, 20

trasfigurazione?, i tà del rischio: pro

penale e le sugges un "precepto pro

ed, in definitiva, sul lavoro.

automaticamente sana dose di reattivo è "indice" di lavoro non ha no.

documento di valutazione che per legge specifico e dotate bligo procedurale del relativo documento di individuazione nella valutazione

tezza e «verità soggettiva» è la responsabilità alata Cass. pen., sez. expressis verbis che il re infortunista solo infortunio del lavoratore. In termini analoghi

OTTO, *Obbligo di in-* Piacenza, 25 maggio 18 agosto 2011), n.

ola cautelare omessa il verificarsi dell'infortuna e prassi nella remissione di responsabilità impeditiva del (Cass. pen., sez. IV, hé ve ne sia altra che Cass. pen., sez. IV, tema, v. recentemen- roc., 2014, p. 751 ss. infortuni sul lavoro e

CENTONZE, *La nor-*, 2004, p. 88 ss. e F., in *Riv. it. dir. proc. dir. proc. pen.*, 1999, orino, Giappichelli, richiesta dal d.lgs. n. 4 ss.). Possibilista ri- 58, 104 e 334 ss. In *ome della colpa penale*

3. Regole cautelari ed obbligo di astensione

Le "regole autenticamente cautelari" che il datore di lavoro dovrà inserire nel documento di valutazione dei rischi saranno quelle elencate nella normativa tecnica di settore¹¹ (colpa specifica)¹² ovvero quelle suggerite dal progresso tecnologico¹³ (colpa generica); ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 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 scientifica¹⁴ (con l'avvertimento, però, che la regola deve essere pur sempre cautelare e non precauzionistica)¹⁵ oppure quando le

nel settore sanitario, p. 124 ss.; C. 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, Firenze University Press, 2010, p. 525 ss.; ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 261 ss.

¹¹ Si vedano le disposizioni contenute nei Titoli da III a XI del d.lgs. n. 81/2008.

¹² In questo contesto la natura "specificata" della regola cautelare deriva non tanto dalla sua previsione in testo legislativo, quanto dal suo carattere esaustivo. Volendo, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 86 ss.

¹³ Si vedano, a titolo esemplificativo, gli artt. 15, comma 1, lett. c; 30, comma 4 e 182, comma 1 del d.lgs. n. 81/2008. 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 F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 3 ss. e 29.

¹⁴ Tale ipotesi è tra quelle ascrivibili alla logica precauzionale secondo M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, p. 224 ss.

¹⁵ Sulla dimensione normativa e giurisprudenziale del principio di precauzione la bibliografia è ormai molto ampia, v. D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma: Aracne, 2012; G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, p. 53 e 137 ss.; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 36 ss., 211 ss. e 244 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, p. 110 ss.; G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, p. 53 ss. e 185 ss.; A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, p. 27 ss.; M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, p. 164 ss.; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro: tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, Jovene, 2012, p. 58 ss.; C. 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.; F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss. Favorevoli all'accoglimento di tale principio C. 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*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 1743, ed E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, p. 79, 145 ss. e 160 ss. Contrari, tra i molti, A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1864 ss.; F. 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" D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere*

misure di protezione materiali debbano essere necessariamente affiancate da una procedura operativa¹⁶.

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 sai come compiere l'attività pericolosa in modo da evitare l'evento, astieniti!")¹⁷. 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"¹⁸.

Ebbene, nel contesto specifico della sicurezza sul lavoro il legislatore ha mostrato di preferire la seconda impostazione¹⁹. Partendo evidentemente dall'assunto che le attività produttive sono lecite anche in quei contesti in cui permanga un "rischio residuo" non tecnicamente eliminabile²⁰, 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 connotati 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 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)²¹ porta a ritene-

scientifico, *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 647 ss. (l'idea è ripresa e condivisa da A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, p. 134, 169 ss. e 186 ss.).

¹⁶ Per un esempio di rischio residuo ineliminabile (e fronteggiabile solo con regole comportamentali), v. Trib. Rovereto, 25.2.2014, 23.5.2014, n. 76, inedita.

¹⁷ Per tutti, G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e temi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 46 s. Condivide questa impostazione A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011, p. 181 ss.

¹⁸ G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, cit., p. 86; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, p. 87 ss., 195 ss. e 211 s.

¹⁹ Alcuni 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. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 69, che richiama C.M. 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.

²⁰ Corte di giustizia CE, sez. III, 14.6.2007, n. 127, causa C-1257/05 in *Foro It.*, 2007, p. 500. In argomento, D. PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795 ss.

²¹ Da ultimo G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, cit., p. 142 s. Sul tema, v. la rassegna giurisprudenziale contenuta in L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, in *Riv. it.*

re che, quand'an regola comporta l'attività sia da c "tirannia dell'ev cettive (queste s zionatorie di me il carattere fram civile è ampiam ineliminabile".

4. Il soggetto "nale d'autore n

Chiarito che l'at telari codificate normazione dell volgere lo sguard n. 81/2008.

Ci si riferisce getto "competen mente deputato necessarie allo sc vista tecnico²⁴.

dir. proc. pen., 2005; *controversi del rimp*; BARTOLI, *Causalità proc. pen.*, 2011, p.

²² Ribadisce cl di lesione tipiche: *It. proc. pen.*, 2013, p.

²³ Sull'illecito tici e politico-crimin tifica e modelli di tu 237, lett. d, e 240 *Modelli di illecito p. La riforma dei reati ti*, Padova, Cedam, spiegazione e prevedi colposo, in *Riv. it. di*

²⁴ Sulla temati accenno al tema in rezza nei luoghi di l ss.; M.N. MASULLC dell'individuo e dell lavoro, in *Responsab p. 87 s*; V. MONGI

re 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*²². 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 pre-cettive (queste sì, eventualmente, di natura anche precauzionale) e dall'altro fattispecie sanzionatorie di mera condotta²³. 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 diritto penale d'autore nell'estremizzazione del dato normativo

Chiarito che l'attività del datore di lavoro consiste in un'individuazione delle regole cautelari codificate applicabili all'attività produttiva concretamente svolta ovvero in un'auto-normazione delle stesse per quei settori (o quelle parti) dove esse manchino, occorre ora volgere lo sguardo a quello che è il vero nodo irrisolto dell'obbligo valutativo posto dal d.lgs. 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 tecnico²⁴.

dir. proc. pen., 2009, p. 969 ss. ed in C. VALBONESI, *Malattie professionali ed infortuni sul lavoro: gli aspetti controversi del rimprovero colposo e doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 851 ss. In argomento, anche R. BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 597 ss.

²² Ribadisce che la tipicità penale è "fattore" di libertà R. 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. proc. pen.*, 2013, p. 580 ss.

²³ Sull'illecito "di rischio", v. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 524 ss. (ripreso da A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, 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 M. 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*, Padova, Cedam, 2007, p. 201 ss. In argomento, v. anche A. 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. proc. pen.*, 2014, p. 1407 ss.

²⁴ Sulla tematica, v. N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, p. 97 ss. e 195 ss. Un accenno al tema in F. 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. proc. pen.*, 2010, p. 1157 ss.; M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, p. 53; N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, Jovene, 2012, p. 87 s.; V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*

Quanto ora affermato emerge chiaramente dalla lettura “congiunta” degli artt. 17 e 29 del d.lgs. n. 81/2008. La prima norma vieta al datore di lavoro di delegare a terzi l’attività valutativa dei rischi; la successiva, invece, gli impone di provvedervi «in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente»²⁵. 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. lgs. n. 81/2008): poiché l’obbligo di valutare i rischi ha un’includibile 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-correlato²⁶; 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, ecc.), sicché è pressoché inevitabile che il datore di lavoro si avvalga di “collaboratori” che siano “capaci” e “qualificati”²⁷, interni o esterni, allo scopo di reperire le conoscenze necessarie per adempiere adeguatamente agli obblighi che su di lui gravano.

Il dato normativo cerca dunque 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 di cui non dispone.

Nell’applicazione giurisprudenziale detto conflitto viene risolto facendo nettamente prevalere il primo interesse sul secondo. Si ritiene cioè che il datore di lavoro debba 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 attività²⁸.

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*, Napoli, Jovene, 2012, p. 103 s.

²⁵ 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.lgs. n. 81/2008 (specialmente comma 1, lett. b, comma 2 e comma 6).

²⁶ Sullo specifico aspetto dello stress lavoro-correlato, v. F. CURI, *Colpa di organizzazione e stress da lavoro correlato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 557 ss.

²⁷ L’art. 32 del d.lgs. n. 81/2008 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».

²⁸ Nella giurisprudenza più recente, v. Cass. pen., sez. IV, 14.4.2015-14.5.2015, n. 20045, in *ISL*, 2015, p. 437 s.; Cass. pen., sez. III, 17.12.2014-26.3.2015, n. 12962, in *ISL*, 2015, p. 278; Cass. pen., sez.

Tale approdo, 5 del d.lgs. n. 81/ sottoposto ad un’
ticabile realtà dell
il fondamentale p
uno dei mille “ri
re equivale ad ist
un odioso esempi
diversamente.

Da un lato l’c
lo di salvaguardia
è appunto costitu
esse sia dall’inter
cratico” che, per
dell’apporto conc
Servizio di Preven
ed i lavoratori³⁴,
81/2008³⁵ – con

Dall’altro lato
soddisfazione del
canone della resp

IV, 5.2.2015-20.2.2
in *ISL*, 2014, p. 59

²⁹ G. MARINU
di diligenza, p. 29 s
*cauzione. Profili att
rizzi una lettura pre*

³⁰ Affronta qu
dell’incertezza e «ve.

³¹ Art. 33, cor
professionali provv
zione delle misure p
sulla base della spe

³² Art. 29, cor
lavoro e con il serv

³³ Art. 19, cor
potenze, devono: [
mezzi e delle attre
*pericolo che si verifi
(corsivi nostri).*

³⁴ Art. 20, co
lare immediatame
di cui alle lettere c
(corsivi nostri).

³⁵ «Nell’ipote
*avvalersi di person
corra, l’azione di p.*

egli artt. 17 e 29
e a terzi l'attività
collaborazione con
potente»²⁵. Le due
una una *ratio* ben

oggetto funzional-
ambito il lavora-
008): poiché l'ob-
ettiva (consistente
nale che alla stes-
eri gestionali e di

ito da *tutti* i rischi
ill'uso di attrezza-
carichi; dall'espo-
nosfere esplosive;
dallo stato di gra-
grafica; dalla spe-
oro, ecc.), sicché è
che siano "capaci"
essarie per adem-

da un lato, quello
di poteri giuridici
(, debba) acquisire
endo nettamente
voro debba posse-
giare i rischi gene-
eterogenee; pena,
cessazione da ogni

è individuale e respon-

, a, b e c, e comma 3)
a 6).

zzazione e stress da la-

addetti e dei respon-
ca i «Titoli e requisiti

15, n. 20045, in *ISL*,
n. 278; Cass. pen., sez.

Tale approdo, che si avvantaggia di alcuni dati testuali (art. 17, lett. a, e art. 31, comma 5 del d.lgs. n. 81/2008) e, forse, non è distante da alcuna dottrina²⁹, 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'autore³⁰. 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 Protezione³¹ e con il medico competente³², anche con i preposti³³ ed i lavoratori³⁴, nonché – come espressamente previsto dall'art. 31, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008³⁵ – con gli eventuali consulenti esterni.

Dall'altro lato la teorica della colpa offre strumenti tali da permettere di coniugare la soddisfazione delle esigenze di tutela di cui è portatrice la parte debole con l'irrinunciabile canone della responsabilità *per fatto proprio colpevole*.

IV, 5.2.2015-20.2.2015, n. 7815, in *ISL*, 2015, p. 214; Cass. pen., sez. IV, 3.6.2014-17.9.2014, n. 38100, in *ISL*, 2014, p. 599 s.; Cass. pen., sez. IV, 10.6.2014-13.6.2014, n. 25222, in *ISL*, 2014, p. 429.

²⁹ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e temi di adeguamento delle regole di diligenza*, p. 29 ss., spec. p. 51. Concordiamo dunque con F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, p. 208, la quale evidenzia come l'Autore non teorizzi una lettura precauzionale della colpa, ma di fatto rischi di accoglierla.

³⁰ Affronta questa tematica G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, cit., p. 197 ss. (spec. 206 s.).

³¹ Art. 33, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008: «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».

³² Art. 29, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008: «Il medico competente: a) collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi».

³³ Art. 19, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 81/2008: «[...] 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).

³⁴ Art. 20, comma 2, lett. e, del d.lgs. n. 81/2008: «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).

³⁵ «Nell'ipotesi di utilizzo di un servizio [di prevenzione e protezione] interno, il datore di lavoro può avvalersi di persone esterne all'azienda in possesso delle conoscenze professionali necessarie, per integrare, ove occorra, l'azione di prevenzione e protezione del servizio» (corsivi nostri).

5. 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"³⁶. 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 e via dicendo. 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 possieda 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)³⁷.

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"³⁸.

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

³⁶ In argomento, v. L. GIZZI, *La responsabilità medica di équipe*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 31 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, p. 87 ss. e 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); L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco, passim* (spec. p. 31 ss.). Più in generale, sulla "dimensione relazionale della colpa", D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, p. 321 ss. e, sul principio di affidamento, F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 536 ss., nonché – in chiave monografica – L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 485 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003 e M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997.

³⁷ Art. 58, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2008.

³⁸ N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., *passim* (spec. p. 103 ss.).

rappresenta, nell'ambito di acquisire quelle attività, si pone il problema di responsabilità indenne il consulente ester rischio ovvero, del momento di un certo lavoro, non "altr che gli competono contesto chi dovr

Come visto, la della valutazione di bilità datoriale. L' né limita la respo tero il peso dell'o

Crediamo, in derato, all'esito di

In particolare costituiti dall'art. misura della colpa

³⁹ V., ad esempio 8.8.2011-24.6.2011 10.6.2010-27.9.201 riale, 26.8.2008-5.1. IV, 11.12.2007-8.2. nario, v. Cass. pen.,

⁴⁰ Recentemen le e precauzione nel se (nell'ambito di una i ed ente sussista una NO DI BENEDETTO, L. CORNACCHIA, Co

⁴¹ Solo a titolo nella struttura del rea penale tra dottrina e ss.; A.R. DI LANDR sanitario, p. 222 ss.; siva e colpa profesio. preterintenzionale, P in *Studi urbinati*, 19 Giuffrè, 1991, p. 12 p. 321 ss.; G. FORTI tà e colpevolezza nella azione. *Critica di ur* Giuffrè, 1965, p. 18 nalisi dogmatica, in ed improprie nella p.

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, si pone il problema di comprendere quali regole governino l'ascrizione 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 antinfortunistico³⁹.

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 incriminatrice⁴⁰, e dalla cosiddetta doppia misura della colpa⁴¹.

³⁹ V., ad esempio, la giurisprudenza in tema di macchine marcate CE ma insicure: Cass. pen., sez. IV, 8.8.2011-24.6.2011, n. 31751; Cass. pen., sez. IV, 25.11.2010-18.1.2011, n. 1226; Cass. pen., sez. IV, 10.6.2010-27.9.2010, n. 34774; Cass. pen., sez. IV, 14.10.2009-13.11.2009, n. 43443; Cass. pen., sez. feriale, 26.8.2008-5.12.2008, n. 45335; Cass. pen., sez. IV, 12.6.2008-30.9.2008, n. 37060; Cass. pen., sez. IV, 11.12.2007-8.2.2008, n. 6280. Per un'esclusione di responsabilità in tema di vizio occulto del macchinario, v. Cass. pen., sez. IV, 6.11.2012-6.12.2012, n. 47274.

⁴⁰ Recentemente, ritiene che l'art. 113 c.p. abbia funzione incriminatrice M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, 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: P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 117 ss. *Amplius*, sul tema: L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, p. 122 ss.

⁴¹ Solo a titolo esemplificativo e tra gli scritti più recenti: S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 21 ss.; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1594 ss.; *Id.*, *La colpa penale*, p. 1723 ss.; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, p. 222 ss.; A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, p. 149 ss.; A. ROJATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, p. 354 ss. In precedenza, S. CANESTRARI, *Lillecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989, p. 98 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati, 1977-1978*, p. 273; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 12 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990, p. 321 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 138 s.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, p. 125 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 158; *Id.*, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 186 ss.; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di un'analisi dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 538 ss. e 543 ss.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, p. 8 s. Per

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 verificazione 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 consulente, 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 contravvenzionale⁴², 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")⁴³: 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 consulente⁴⁴ 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'imposta-

un riconoscimento giurisprudenziale della dimensione normativa della colpa e della "doppia collocazione": Cass. pen., sez. IV, 29.1.2013-9.4.2013, n. 16237; Cass. pen., sez. IV, 22.11.2011-1.2.2012, n. 4391; Cass. pen., sez. IV, 5.4.2011-26.4.2011, n. 16328; Cass. pen., sez. IV, 16.6.2010-20.8.2010, n. 32126; Cass. pen., sez. IV, 8.10.2009-4.12.2009, n. 46741; Cass. pen., sez. IV, 21.6.2007-26.10.2007, n. 39592.

⁴² La mancanza di una contravvenzione *ad hoc* è spesso valorizzata da quelle impostazioni teoriche che vogliono escludere la responsabilità dell'RSPP. Sul tema, v. D. PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, 23 ss., con richiami giurisprudenziali.

⁴³ Distingue tra causalità naturalistica, reale ed effettiva, e casualità della colpa, normativa ed ipotetica, Cass. pen., sez. IV, 10.6.2010-4.11.2010, n. 38991 (vicenda Montefibre). Per l'affermazione dell'esistenza di "modelli differenziati di causalità penale", si veda, tra gli scritti più recenti, R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale: dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, Giappichelli, 2010, 47 ss. e 85 ss.

⁴⁴ Sul problema della riconoscibilità della regola cautelare (*Anlassmoment*): D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, 319 ss.; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, 54 ss.

zione dogmatica elementi vadano "oggettivo" oppure da ricondurre alla della colpa (a sua dizio di prevedibili rientri nella *ratio* ditiva del compo ria della colpevole dell'agente concreto Nel secondo caso ordine soggettivo e di "esigibilità de

Mancando su possa dirsi "ontol ci pare dotata di del fatto colposo bra che la scelta e benché non imp conduca a soluzio desiderati: svuota mancare l'obiettivo al principio di co

Così impostat giudizio" della re

La prima ipot predetti di una "t la condotta del co se quel che non h di lavoro (cui "ne per l'evento occo

La seconda ip

⁴⁵ A. CANEPA, *illecito e colpevolezza* 365 ss., 462 ss. e 51 tezza e «verità sogget. soggettivo della colpa per assunzione nel di

⁴⁶ G. CIVELLO, *gettiva» della colpa*, nell'art. 43 c.p. in q dunque da ricondur dato codicistico. L'a c.p. (vuoi anche per

zione 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 verificatosi 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 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"⁴⁵.

Mancando sul punto qualsiasi indice normativo⁴⁶ 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 un 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

⁴⁵ A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa: il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 152 ss. e 201 ss.; D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, p. 365 ss., 462 ss. e 519 ss.; G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, cit., p. 245 ss. (spec. 256), 272, 288 ss. e 306; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 149 ss.; N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 158 ss.

⁴⁶ G. CIVELLO, *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, 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).

te, 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 consulente⁴⁷ 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 una normale ocularità, ovvero senza l'impiego di conoscenze tecniche specifiche e qualificate⁴⁸, 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 ocularità. 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 possieda «le capacità ed i requisiti professionali [...] adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative»⁴⁹, mentre con riferimento al secondo è lo Stato che si fa carico di selezionare le persone competenti e tenerne un elenco⁵⁰. 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*⁵¹, 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

⁴⁷ Sull'attuale scarsa rilevanza del principio di affidamento nell'ambito della sicurezza sui luoghi di lavoro, v. M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, cit., p. 275 ss.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Così l'art. 32, comma 1 del d.lgs. n. 81/2008. Il già menzionato art. 31, comma 3 fa tuttavia salva la possibilità di «integrare, ove occorra» le conoscenze dell'RSPP ricorrendo a soggetti terzi.

⁵⁰ Art. 38 del d.lgs. n. 81/2008, specialmente comma 4.

⁵¹ N. PISANI, *La colpa per assunzione nel diritto penale del lavoro*, cit., p. 215 ss.

incaricati svol
principio di at
nere che i cons
te è cioè se ne
mento scorrett
di *culpa in vigi*
te i compiti af
medico compe
ro per renders
il loro lavoro p
incoerenze (ac
consulente che
ficare che ques
in cui esse si s
Ebbene, in
(il consulente)
di entrambi u
mente rimprov

6. Conclusio

In conclusione
tazione delle n
17 del d.lgs. n.
divieto, però, i
lavoro, si da rit
qual volta la p
molto le tutel
te limitate e sp
gran numero c
comunità" è l'
ed efficace.

Pertanto, il
lendosi di espe
ultimi nelle co
pieno accesso

⁵² *Ibidem*, 2

⁵³ Art. 25, l.

⁵⁴ Il "vincol
traneus e dell'*exti*
del consulente ov
prevedere l'event

⁵⁵ È questo
p. 198 ss., che pr

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*⁵², 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)⁵³ 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 fondino 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 *intraneus* (il datore di lavoro) ed *extraneus* (il consulente) saranno chiamati a rispondere dell'evento infortunistico, essendovi da parte di entrambi una *oggettiva* violazione delle regole cautelari ed essendo entrambi *soggettivamente* rimproverabili⁵⁴.

6. Conclusioni

In conclusione, è pacifico che il datore di lavoro possa delegare l'attuazione e l'implementazione delle misure di tutela (collettive o individuali) e la vigilanza su di esse, mentre l'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008 impedisce che egli esternalizzi a terzi la valutazione del rischio. Tale divieto, però, non va letto come necessità che alla stessa provveda *personalmente* il datore di lavoro, sì da ritenerlo per contrattare *automaticamente* responsabile dell'evento occorso ogni qual volta la predetta valutazione risulti carente. Assumere ciò significherebbe abbassare di molto le tutele antinfortunistiche, perché le conoscenze del singolo sono necessariamente limitate e spesso insufficienti, ed aprire ad una forma di responsabilità penale che in un gran numero di casi rischia di essere incostituzionale. Al contrario, il ricorso ai "saperi della comunità" è l'unico modo per adempiere all'obbligo prevenzionistico in maniera effettiva ed efficace.

Pertanto, il datore di lavoro "dovrà" *ex ante* "organizzare" la valutazione del rischio avvalendosi di esperti specificamente "selezionati" per le rispettive competenze e mettere 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)⁵⁵.

⁵² *Ibidem*, 208 ss.

⁵³ Art. 25, lett. l) del d. Lgs. n. 81/2008.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ È questo l'aspetto valorizzato da N. 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 organiz-

Ex post il datore di lavoro sarà tenuto a verificare che i consulenti abbiano puntualmente adempiuto all'incarico ricevuto e che il documento valutativo non presenti carenze rilevabili *ictu oculi* oppure utilizzando le specifiche conoscenze di cui egli sia eventualmente dotato.

La funzione dell'art. 17, allora, non è quella di impedire al datore di lavoro di avvalersi di terzi nell'adempimento dell'attività valutativa, bensì quella di ribadire che all'organizzazione di tale attività ed al coordinamento dei diversi soggetti che alla stessa collaborano deve necessariamente provvedere il vertice aziendale. Il coinvolgimento di terzi estenderà di certo il numero dei soggetti potenzialmente responsabili in caso di evento infortunistico (art. 113 c.p.), ma ciò non deve spaventare perché l'impiego della "doppia misura della colpa" permetterà abbastanza agevolmente di distinguere le responsabilità dei singoli ed evitare al contempo deresponsabilizzazioni del vertice e violazioni del principio di colpevolezza.

zativo. Prima di lui, A. CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, p. 955 ss. Pure A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, 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, in D. GUIDI, *L'attività medica in equipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 222. Il tema è affrontato anche in N. FURIN, E. DE NEGRI, *La nuova sicurezza del lavoro: soggetti, responsabilità e sanzioni. Guida operativa al nuovo Testo Unico (D. L. n. 9 aprile 2008, n. 81)*, Piacenza, La Tribuna, 2008, p. 92 ss.

Cenni introduttivi merica e colpa

Non pochi sono i casi di responsabilità penale che, come osservato, non sono dovuti a un errore di fatto, ma a violazioni di norme di varia natura e di diversa natura.

In questo caso, si tratta di una realtà che il legislatore ha voluto affrontare, servente di principio, ma che è presente anche in altre circostanze.

Inizialmente, si è cercato di concepire e sviluppare una disciplina che, almeno in capo al datore di lavoro, fosse volta dal legislatore.

Indubbio che, per l'eredità del diritto ed il d.lgs. 62/04.

Il d.lgs. 81/08, cui mancata è stata l'occasione ad affermare, è alla inosservanza di quanto previsto nell'art. 17, contrapposte, da negligenza

¹ L. STORTI, *La nuova sicurezza del lavoro*, Bologna, 2008, p. 92.