

MARZO 2015

**CAMERA PENALE VENEZIANA
“ANTONIO POGNICI”**



BOLLETTINO

Direzione

Fabiana **DANESIN**

Segreteria

Marco **VIANELLO**

Redazione

Fabiana **DANESIN**

Federica **BASSETTO** – Federico **CAPPELLETTI** –

Paola **LOPRIENO** – Marco **VIANELLO**

Comitato Scientifico

Damiano **BEDA** – Lorenza **GAMBARO** – Alvisè **MUFFATO** –

Paolo **RIZZO** – Elena **ZENNARO** – Giovanni **COLI** – Gabriele **CIVELLO**

Hanno collaborato a questo numero

Luigi **RAVAGNAN** – Eleonora **SANTIN** –

Elio **ZAFFALON** - Anna **ZAMPIERON**

Referente

Federica **BASSETTO**

PER IL SITO INTERNET
www.camerapenaleveneziana.it

***LA COLPA NEGLI
INFORTUNI SUL LAVORO***

INDICE

Premessa

Il nuovo volto del delitto colposo nella “società del rischio”: contraddizioni e aporie del diritto vivente – p. 6;

I.

I. Figure soggettive – p. 12;

II.

II. Il problema dell'appalto e del subappalto nella ripartizione delle responsabilità – p. 15;

2.1 *La responsabilità penale negli appalti e nei cantieri temporanei o mobili – commento alla sentenza n. 643/13 del Tribunale di Venezia – p. 15;*

2.2 *Obblighi connessi ai contratti d'appalto o di somministrazione: l'art. 26 del D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81 – p. 18;*

2.3 *Cantieri temporanei o mobili: gli artt. 88 e ss. del D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81 – p. 23;*

2.3.1 *Gli obblighi del committente – p. 24;*

2.3.2 *La nomina del Responsabile dei lavori e l'esonero di responsabilità del committente – p. 27;*

2.3.3 *Gli obblighi dell'impresa affidataria e dell'appaltatore – p. 31;*

2.3.4 *A.T.I., associazione temporanea di imprese: inquadramento ed individuazione del titolare della posizione di garanzia – p. 37;*

III.

III. Il garante come gestore del rischio concreto e la cooperazione colposa ex art. 113 c.p.: la sentenza della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite c.d. “ThyssenKrupp” n. 38343/2014 – p. 42;

IV.

IV. La delega di funzioni e la ripartizione delle responsabilità – p. 49;

4.1 *Il previgente D.Lgs. 81/2008 e l'evoluzione normativa dell'art. 16 alla luce del D.Lgs. 106/2009 – p. 49;*

4.2 *Tratti e requisiti essenziali della delega di funzioni – p. 51;*

4.3 *La posizione di garanzia del datore di lavoro e l'obbligo di vigilanza sull'operato del delegato – p. 54;*

4.4 *La nuova previsione normativa della sub-delega – p. 58;*

V.

V. La violazione cautelare: colpa generica, colpa specifica e specifici obblighi cautelari – p. 59;

VI.

VI. La “concretizzazione del rischio”: il nesso di congruenza tra la specifica violazione cautelare e l'evento concretamente occorso – p. 71;

VII.

VII. Il nesso di causalità tra la condotta e l'evento in generale – p. 82;

VIII.

VIII. La condotta abnorme del lavoratore – p. 87;

IX.

IX. Prevedibilità “soggettiva” dell'evento – p. 92;

9.1 L'evitabilità dell'evento e la causalità della colpa – p. 95;

9.2 Rapporti tra illeciti contravvenzionali di mera condotta e delitti colposi di evento (in specie omicidio colposo – p. 96;

9.3 Problematiche specifiche: amianto, terremoto, etc. – p. 98;

X.

X. Focus – D.Lgs. n. 231/2001 – p. 99;

10.1 I reati tassativamente previsti dal D.Lgs. 231/01 – p. 100;

10.2 Ambito di applicazione della disciplina – p. 109;

10.3 La responsabilità amministrativa da reato – p. 110;

10.4 Le sanzioni – p. 114;

10.5 La funzione dei modelli organizzativi – p. 116;

10.6 Come creare un modello di organizzazione e gestione – p. 118;

XI.

XI. Caso “ILVA”: Compromesso tra diritto alla salute e diritto al lavoro – p. 120;

XII.

XII. Rassegna di giurisprudenza – p. 125.

Premessa

IL NUOVO VOLTO DEL DELITTO COLPOSO NELLA “SOCIETÀ DEL RISCHIO”: CONTRADDIZIONI E APORIE DEL DIRITTO VIVENTE.

Un approfondimento monografico sul tema degli infortuni sul lavoro rappresenta, senza dubbio, lo spunto per un più ampio ripensamento della materia del delitto colposo d'evento.

In effetti, nel panorama della nostra esperienza giuridica contemporanea, il tema della colpa è, probabilmente, uno dei principali ambiti in cui la scienza del diritto ha subito e sta tutt'ora subendo interferenze – se non vistose pressioni – da parte della politica, della sociologia, dell'economia e dell'opinione pubblica, come testimoniato dai più importanti casi giudiziari degli ultimi anni, dalla *Thyssen Krupp*, al terremoto dell'Aquila, al Petrolchimico, alle morti da amianto, e così via (vicende giudiziarie non a caso caratterizzate da bruschi *revirement* degli organi giudicanti nel corso dei differenti gradi del processo).

A tal proposito, il pericolo più grave è che i pilastri del diritto penale – dal nesso di causalità, alla posizione di garanzia, alla colpa – subiscano inaccettabili e indebite “deformazioni concettuali”, a causa delle infiltrazioni della c.d. “sociologia del rischio” all'interno del nostro sapere giuridico (si pensi alle forzature finalizzate a qualificare in termini di “dolo eventuale” fattispecie chiaramente e ontologicamente colpose).

Andando indietro con la memoria, allorché nell'anno 1986 il sociologo tedesco recentemente e prematuramente scomparso Ulrich Beck (1944-2015) pubblicò la celebre opera *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (tr. it. “*La società del rischio. Verso una seconda modernità*”), ben pochi avrebbero immaginato che il paradigma della “società del rischio” avrebbe di lì a poco valicato i confini della sociologia, giungendo a influenzare pesantemente le attigue discipline economiche, politiche e giuridiche.

D'altra parte, pochi anni prima (nell'anno 1979), un'altra fondamentale opera, del filosofo Hans Jonas (1903-1993), dal titolo *Das Prinzip Verantwortung* (tr. it. “*Il Principio responsabilità*”), aveva già ampiamente tracciato il solco fra un'etica classica, fondata sull'imputazione dell'atto colpevole alla persona agente, ormai giudicata come anacronistica, e una nuova etica della responsabilità, di matrice “conseguenzialistica” (ossia, tutta sbilanciata sul versante delle conseguenze materiali dell'atto umano, e non più radicata nella intrinseca connotazione di ingiustizia dell'atto medesimo).

Ritengo che, per comprendere appieno le cause dell'odierna deriva verso una “colpa penale di rischio”, sia utile ripercorrere brevemente gli approdi concettuali del pensiero di Jonas.

Il postulato dal quale partì il filosofo tedesco è il seguente: nel mondo contemporaneo, l'agire umano ha assunto una forma e un'efficacia tali da fargli assumere le vesti di una vera e propria

«irruzione violenta e violentatrice nell'ordine cosmico»¹; se, infatti, nell'epoca antica, premoderna e moderna, l'intervento dell'uomo sulla natura era del tutto superficiale e, in ogni caso, inidoneo a compromettere universalmente ed irrimediabilmente l'esistenza dell'umanità, nell'era contemporanea gli inediti approdi della scienza e della tecnologia sarebbero tali da mettere in discussione la stessa esistenza dell'umanità sulla Terra. Sostiene, sul punto, l'Autore: «*le promesse della tecnica moderna si sono trasformate in minaccia [...]. Tutto è qui nuovo, dissimile dal passato sia nel genere che nelle dimensioni: ciò che l'uomo è oggi in grado di fare [...] non ha eguali nell'esperienza passata, alla quale tutta la saggezza tradizionale sul comportamento giusto era improntata. Nessuna etica tradizionale ci ammaestra quindi sulle norme del "bene" e del "male" alle quali vanno subordinate le modalità interamente nuove del potere e delle sue possibili creazioni*»².

Nel pensiero di Jonas, pertanto, tale "nuova realtà", incidendo sulla stessa natura e struttura dell'azione umana, avrebbe dovuto condurre necessariamente alla costruzione di una "nuova etica"³ – preludio, per quanto ci interessa, di un "nuovo diritto" – capace di adattarsi ai citati mutamenti epocali, cui sarebbe dovuta corrispondere una nuova forma di responsabilità⁴.

In particolare, la principale caratteristica dell'etica tradizionale, la quale dovrebbe oggi ritenersi soppiantata e superata, è la costruzione di una morale *personale ed antropocentrica*: se, infatti, la cultura occidentale associa l'etica ad una condotta individuale dell'uomo, sotto i suoi profili

¹ JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt a.M., 1979; trad. it. *Il principio responsabilità*, Torino, 2009, 5.

² JONAS, *op. cit.*, XXVII.

³ Tale tema è già presente nell'opera di Heidegger, laddove, nella celebre *Lettera sull'«umanismo»* del 1946, l'Autore sostiene che la condizione di incertezza ed insicurezza dell'uomo post-moderno esiga una "nuova" declinazione dell'etica: «*il desiderio di un'etica si fa tanto più urgente quanto più il disorientamento manifesto dell'uomo, non meno di quello nascosto, aumenta a dismisura. Al vincolo dell'etica occorre dedicare ogni cura, in un tempo in cui l'uomo della tecnica, in balia della massificazione, può essere portato ancora a una stabilità sicura solo mediante un raccoglimento e un ordinamento del suo progettare e del suo agire, nel loro insieme, che corrispondano alla tecnica*» (HEIDEGGER, *Lettera sull'«umanismo»*, Milano, 2008, 88). Peraltro, all'idea diffusa, secondo la quale al pensiero heideggeriano sarebbe estraneo l'orizzonte etico, la più recente letteratura replica che, in realtà, l'opera di Heidegger contiene un ben preciso messaggio etico, ossia il ricorso alla *Gelassenheit*, l'abbandono «inteso sia come abbandono *alle cose*, al loro rivelarsi, sia come abbandono *delle cose*, distacco da essere per aprirsi all'evento dell'essere» (FABRIS, CIMINO, *Heidegger*, Roma, 2009, 151); in tale ottica, «*si tratta di pensare l'azione a partire dal lasciar essere ciò che si manifesta, non già dall'intenzione di prendere il controllo sugli enti*» (*ibidem*). Per un'indagine sui profili etici dell'opera di Heidegger, cfr. anche VOLPI, *Guida a Heidegger*, Bari, 2005, 265 e segg.

⁴ «*Se il potere e il suo esercizio corrente aumentano fino ad assumere certe dimensioni, allora si modificherà non soltanto la grandezza ma anche la natura qualitativa della responsabilità*» (JONAS, *op. cit.*, 159).

oggettivi e soggettivi, la “nuova” etica tecnologia avrebbe a che fare con “prassi collettive”⁵, le quali sfuggirebbero alle categorie tradizionali di “atto umano” e “atto individuale”⁶.

A tal proposito, «*la tecnica moderna ha introdotto azioni, oggetti e conseguenze di dimensioni così nuove che l’ambito dell’etica tradizionale non è più in grado di abbracciarli. [...] Questa sfera è oscurata dal crescere di quella dell’agire collettivo, nella quale l’attore, l’azione e l’effetto non sono più gli stessi*»⁷.

Laddove Jonas si interroga circa il soggetto cui imputare un determinato fatto, la risposta risulta la seguente: «*chi è questo «egli»? Né voi né io: sono l’attore e l’azione collettivi, non l’attore e l’azione individuali*»⁸.

Proprio la natura collettiva della “nuova” azione etica produrrebbe una svolta epocale nell’orizzonte filosofico post-moderno: infatti, «*l’agire collettivo-cumulativo-tecnologico è di tipo nuovo per quanto riguarda gli oggetti e le dimensioni e non è più neutrale sotto il profilo etico*»⁹: dal momento che l’agire individuale, oggi, è talmente sofisticato e potente da poter incidere irreversibilmente sulla stessa esistenza dell’umanità, il singolo atto non appare più “neutro” e svincolato dal sistema di valori, ma acquisterebbe una dimensione collettiva che vincola il medesimo alla “nuova” etica tecnologica, secondo la quale «*l’agente deve rispondere della sua azione: egli viene ritenuto responsabile delle sue conseguenze ed eventualmente deve farsene carico. [...] Il danno arrecato deve essere riparato, anche se la causa non fu un’azione cattiva e anche se la conseguenza non fu né prevista né intenzionale*»¹⁰.

Non è chi non veda come l’odierna *communis opinio* in tema di responsabilità colposa risenta pesantemente di una tale “etica delle conseguenze”, secondo la quale, se un danno vi è stato, sarà sempre possibile individuarne un antecedente causale, imputabile ad un’azione umana e, dunque, fonte di responsabilità.

Le radici di tale deriva pan-penalistica e responsabilitaria sono più antiche di quanto si pensi; la svolta epocale si ebbe con la riforma illuministica, allorquando l’exasperazione del soggettivismo venne declinata quale pretesa di un *dominio assoluto* sulla realtà materiale e sulle incognite della natura: con l’illuminismo, infatti, tutto divenne teoricamente prevedibile ed evitabile; *ergo*, da quel momento in poi, ogni evento infausto *si sarebbe potuto e dovuto* prevedere e, dunque, scongiurare.

⁵ JONAS, *ibidem*.

⁶ PORTINARO, *Introduzione a JONAS, op. cit.*, XX: «*concernendo i rapporti diretti dell’uomo con l’uomo l’etica tradizionale era antropocentrica: la globalità delle conseguenze della tecnica attuale comporta invece il superamento di questo antropocentrismo, in quanto la biosfera minacciata avanza nella sua totalità nel centro dell’etica*».

⁷ JONAS, *op. cit.*, 10.

⁸ JONAS, *op. cit.*, 14.

⁹ JONAS, *op. cit.*, 32.

¹⁰ JONAS, *op. cit.*, 115.

Una tale “rivoluzione copernicana” può essere apprezzata in tutta la propria dirompenza se si considera il tema della “catastrofe naturale” nella *Weltanschauung* illuministica: a metà del XVIII secolo, l’occasione per il *revirement* teorico fu il tragico terremoto di Lisbona del 1755, che indusse Voltaire (1694-1778) a comporre il celebre *Poème sur le désastre de Lisbonne* (1755) e, in replica, Rousseau (1712-1778) a redigere la lettera à *Monsieur de Voltaire concernant le Poème sur le désastre de Lisbonne par M. de Voltaire* (1764).

In quest’ultimo breve saggio epistolare, Rousseau sferzò un durissimo attacco alla teodicea di Leibniz ed all’“ottimismo” di Alexander Pope, sostenendo che anche i mali derivanti dalle catastrofi naturali (quale, per esempio, il terremoto di Lisbona da poco avvenuto) siano riconducibili non già esclusivamente ad un ordine divino delle cose, bensì anche e soprattutto alla *responsabilità* degli uomini; celebre, sul punto, il passo in cui Rousseau afferma: «*restando al tema del disastro di Lisbona, converrete che, per esempio, la natura non aveva affatto riunito in quel luogo ventimila case di sei o sette piani, e che se gli abitanti di quella grande città fossero stati distribuiti più equamente sul territorio e alloggiati in edifici di minore imponenza, il disastro sarebbe stato meno violento o, forse, non ci sarebbe stato affatto. Ciascuno sarebbe scappato alle prime scosse e si sarebbe ritrovato l’indomani a venti leghe di distanza, felice come se nulla fosse accaduto. Ma bisogna restare, ostinarsi intorno alle misere stamberghe, esporsi al rischio di nuove scosse, perché quello che si lascia vale più di quello che si può portar via con sé*»¹¹.

Evidente, poi, il nesso tra il tema etico della prevenzione delle catastrofi (*rectius*, dei rischi di catastrofe) ed il tema gnoseologico di matrice kantiana, posto che la previsione e il controllo delle calamità naturali si inscrivevano, all’epoca, all’interno dell’uscita dalla minorità (*Ausgang aus Unmündigkeit*), tanto decantata da Immanuel Kant (1724-1804) nel celebre saggio *Che cos’è l’illuminismo?* (1784), in cui la condizione moderna venne riassunta nei termini di “rischiamento” e delucidazione, tramite i quali gli uomini si sarebbero riscattati dalla superstizione e dalla teodicea. Ebbene, proprio alla metà del 1700 si pone lo spartiacque tra il provvidenzialismo ed il fatalismo che avevano accompagnato il pensiero occidentale dalla classicità alla pre-modernità ed il moderno approccio “iper-razionalizzante”: secondo la nuova impostazione, non si sarebbe più potuto tollerare che l’uomo subisse passivamente un fenomeno futuro ed incerto senza dominarlo, in quanto ciò avrebbe messo in discussione il dogma della primazia dell’individuo (soggetto o *res cogitans*) sulla natura (oggetto o *res extensa*).

Al cospetto dei rischi (di origine naturale o antropica), dunque, l’uomo, non potendo più imputare gli accadimenti naturali alla Provvidenza od al Fato, avrebbe dovuto ergersi a vero e proprio

¹¹ J.J. ROUSSEAU, *Lettera a Voltaire sul disastro di Lisbona*, in TAGLIAPIETRA (a cura di), *Sulla catastrofe. L’illuminismo e la filosofia del disastro*, Milano, 2004, 25.

Übermensch (“Super-uomo”, o meglio “Oltre-uomo”), dominando ogni avversità con la propria ragione e, a valle, “sentendosi responsabile” per quanto eventualmente accaduto.

Ecco, dunque, che la topica del “rischio” (fondata sul duplice protocollo della intrinseca ed inedita pericolosità della “vita moderna” e della assoluta dominabilità dei rischi da parte dell’uomo), sorta in ambito assicurativo – in cui il “dominio” sull’incertezza avveniva tramite il meccanismo del premio/indennizzo – era destinata a propagarsi nei più disparati ambiti del sapere, transitando attraverso l’economia (sottoforma di “rischio d’impresa”), per infine approdare alle scienze umane (sociologia, psicologia, antropologia e filosofia), fino a lambire la scienza giuridica e, da ultimo, lo stesso diritto penale, nei giorni nostri.

Le conseguenze di tale antica e moderna deriva teorico-concettuale sono sotto gli occhi di tutti: la figura giuridica dell’illecito colposo, per quanto qui ci interessi, sta subendo “mutazioni genetiche” inaccettabili e i c.d. “operatori del diritto” non sempre hanno gli strumenti per fronteggiare le grossolane – ma, talvolta, sottili – torsioni logico-giuridiche cui il diritto vivente sta sottoponendo l’istituto giuridico della *culpa*:

- il *genus* delle c.d. “regole cautelari”, la cui violazione determina un rimprovero colposo, si sta espandendo a dismisura, sino a ricomprendere precetti e raccomandazioni di natura latamente precauzionale o, addirittura, completamente privi di una intrinseca tensione cautelativa (si pensi, ad esempio, all’art. 2087 c.c., che rappresenta solamente la fonte della posizione di garanzia in capo al datore di lavoro, ma non costituisce affatto una regola cautelare *stricto sensu*, poiché non prescrive ben precise modalità esecutive, volte a prevenire ben precise classi di evento dannoso);

- il concetto di “concretizzazione del rischio” (ossia il principio per il quale non ogni violazione cautelare può fondare un rimprovero per colpa, ma solo la violazione di *quella* regola che, a monte, fosse destinata a prevenire e scongiurare il tipo di evento poi effettivamente occorso) sta, egualmente, subendo una deriva espansiva, poiché la giurisprudenza tende a ricostruire a posteriori e “a tavolino” nuove e inedite *rationes* di tutela, asseritamente sottese ai precetti cautelari, così che il giudizio di colpa somiglia sempre più ad un “senno di poi” contrario al principio di colpevolezza;

- la prevedibilità dell’evento, vero fulcro della responsabilità colposa, viene sempre più interpretata con estrema disinvoltura, secondo il principio tralatizio secondo il quale “ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a provocare danni, ma non è necessario che l’agente si prefiguri lo *specifico* evento concretamente poi verificatosi”: lungo tale direttrice, la giurisprudenza accede sempre più al sillogismo per cui un evento deve predicarsi come “prevedibile”, per il sol fatto che il soggetto agente non potesse escluderne la verifica

(secondo una impropria assimilazione, epistemologicamente errata, tra “prevedere” e “non potere escludere”)¹²;

- lo stesso vale per l’evitabilità dell’evento, nel cui ambito la giurisprudenza ritiene sufficiente accertare, ai fini della punibilità colposa, che il rispetto della regola cautelare fosse idoneo a ridurre, in qualche modo, il rischio di verificazione dell’evento, non essendo necessario accertare oltre ogni ragionevole dubbio che l’ottemperanza cautelare fosse certamente idonea a scongiurare l’evento (con conseguente sovrapposizione tra il concetto di “causalità” e quello di “aumento del rischio”);

- infine, risulta pressoché trascurato l’importante tema della esigibilità della condotta alternativa diligente, e cioè assai raramente la giurisprudenza si chiede se il comportamento alternativo lecito, che sarebbe stato idoneo a ridurre la verificazione dell’evento, fosse concretamente esigibile, *hic et nunc*, dal soggetto agente.

Come può vedersi, se tutti i versanti dogmatici della colpa vengono sottoposti a tali distorsioni e “trazioni” concettuali, il volto dell’illecito colposo finisce per sfigurarsi e per divenire irriconoscibile: lungo tale crinale, la responsabilità penale non è più strumento per retribuire il reo, in chiave individualizzante, per l’azione colpevole e offensiva dallo stesso compiuta, ma diviene quasi uno strumento politico-generale di “allocazione di rischi”, quasi un meccanismo assicurativo volto a indennizzare la collettività di un determinato danno, con un pericoloso allontanamento dal diritto penale del *fatto colpevole* (artt. 25, co. 2, e 27, co. 1 e 3, Cost.), verso un famigerato e tristemente noto *diritto penale d’autore*, in cui si punisce, ad esempio, il datore di lavoro non già in quanto *colpevole*, bensì proprio *in quanto* datore di lavoro, lo scienziato *in quanto* scienziato, il pubblico amministratore *in quanto* pubblico amministratore.

In definitiva: un diritto penale del nemico o del capro espiatorio, completamente contrario ai principi fondamentali della nostra materia penale.

Il presente numero speciale del *Bollettino* della Camera Penale Veneziana, dunque, rappresenta un importante tentativo di ancorare nuovamente la materia degli infortuni sul lavoro ai canoni tradizionali dell’imputazione colposa, contro le inaccettabili derive interpretative cui il Foro e l’Accademia assistono quotidianamente, non senza una diffusa, e talvolta colpevole, rassegnazione.

[Gabriele Civello]

¹² Vista la complessità del tema, che qui non può essere sviscerato, mi permetto rinviare a G. CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, Giappichelli, 2013, *passim*.

I.

FIGURE SOGGETTIVE

L'evoluzione della normativa in Italia in materia di salute e sicurezza sul lavoro comincia con l'art. 2087 c.c. ("Tutela delle condizioni di lavoro"), oggi considerata norma "di chiusura"; passa per il D. Lgs n. 626/1994 e ss. modifiche che, in recepimento della legislazione comunitaria "sociale", impone un nuovo approccio alla sicurezza, mediante una maggiore attenzione alle risorse umane, alla loro formazione e organizzazione; ed arriva all'attuale Testo Unico, D. Lgs. N. 81/08, che si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici.

Gli strumenti per la sicurezza hanno una natura oggettiva (risorse tecnologiche) e una soggettiva (risorse umane).

Approfondendo la sicurezza dal punto di vista soggettivo, possiamo affermare che il T. U. è strutturato su un modello quadripartito di soggetti obbligati alla sicurezza: datore di lavoro, dirigente, preposto, lavoratore (artt. 17,18,19,20).

Per trasformare la sicurezza da concetto astratto a realtà in qualsiasi luogo di lavoro, il legislatore non ha ritenuto, appunto, più sufficiente nominare dei soggetti responsabili, ma ha obbligato alcuni di loro (datore di lavoro e dirigente) ad effettuare una formale valutazione dei rischi e a compilare un vero e proprio atto, da aggiornare ogni anno con la collaborazione dei Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

La prima e fondamentale figura del sistema sicurezza è, quindi, quella del **datore di lavoro**: colui che è soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o in altri termini chi ha la responsabilità dell'impresa stessa in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Tale ampia definizione fa sì che vi si possa ricomprendere all'interno anche la figura del committente, in quanto soggetto che comunemente concepisce e finanzia l'opera.

Nelle pubbliche amministrazioni, per datore di lavoro s'intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole P.A. tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività. In caso di omessa individuazione o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo.

Al datore di lavoro spetta l'organizzazione della prevenzione e delle misure di gestione dell'emergenza.

E' ammessa la delega ad eccezione della valutazione dei rischi e della designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Il datore di lavoro, infatti, deve fornire al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente informazioni in merito alla natura dei rischi; all'organizzazione del lavoro, la programmazione e l'attuazione delle misure preventive e protettive; la descrizione degli impianti e dei processi produttivi; i dati relativi agli infortuni e quelli relativi alle malattie professionali; i provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza.

Si precisa che gli obblighi relativi agli interventi strutturali e di manutenzione necessari per assicurare, ai sensi del T.U., la sicurezza dei locali e degli edifici assegnati in uso a pubbliche amministrazioni o a pubblici uffici, ivi comprese le istituzioni scolastiche ed educative, restano a carico dell'amministrazione tenuta, per effetto di norme o convenzioni, alla loro fornitura e manutenzione. In tal caso gli obblighi previsti dal decreto legislativo di cui ci si occupa, relativamente ai predetti interventi, si intendono assolti, da parte dei dirigenti o funzionari preposti agli uffici interessati, con la mera richiesta del loro adempimento all'amministrazione competente o al soggetto che ne abbia l'obbligo giuridico.

Si evidenzia, inoltre, che a ragione delle peculiari attività¹³ svolte sono previste semplificazioni in tema di adempimenti informativi, formativi e sorveglianza sanitaria o correttivi, che sono fissati in sede amministrativa.

Il **dirigente** è colui che attua le direttive del datore di lavoro, somma in sé poteri, funzioni e responsabilità tali da poter essere definito l'*alter ego* del datore di lavoro.

Il dirigente ai fini della sicurezza non deve essere confuso con l'omonima posizione contrattuale. Egli è un lavoratore subordinato, che ricopre un ruolo decisionale, organizzativo e direttivo. L'effettività del ruolo prevale sull'inquadramento contrattuale.

Si identifica in virtù di delega conferita dal datore di lavoro.

Il **preposto** è colui che sovrintende alle attività, attua le direttive senza il potere/obbligo di predisporre mezzi e strutture.

Egli non assume una specifica posizione di garanzia (né esclusiva, né concorrente con il datore di lavoro), bensì un ruolo ausiliario rispetto al datore di lavoro, con l'obbligo di segnalargli tempestivamente sia le deficienze dei mezzi, 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.

Si identifica in virtù di delega conferita dal datore di lavoro.

¹³ Esempi di particolari ambienti o datori di lavoro sono le forze armate, i vigili del fuoco, il volontariato, le piccole e medie imprese agricole.

Il **lavoratore** è colui che – indipendentemente dalla tipologia contrattuale – svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un’arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari.

Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro. (art. 20 del T.U.)

L’informazione e la formazione sono i principali diritti riconosciuti ai lavoratori.

L’informazione concerne essenzialmente i rischi connessi all’attività, le procedure di primo soccorso, la lotta antincendio ed l’evacuazione.

La formazione – che deve essere sufficiente ed adeguata – riguarda, invece, i concetti generali di rischio, danno, prevenzione e protezione, nonché i rischi specifici riferiti alle mansioni e ai possibili danni all’azienda.

Si evidenzia che per la giurisprudenza, in sede di valutazione delle responsabilità penalmente rilevanti, una condotta abnorme prevale sulla mancanza di formazione ed informazione.

Va segnalato, infine, che al lavoratore è riconosciuto il diritto all’abbandono del posto di lavoro in caso di pericolo grave e immediato, che non può essere evitato. Se nell’impossibilità di contattare il superiore competente, il lavoratore prendesse misure per evitare le conseguenze del pericolo, egli non potrebbe subirne pregiudizio a meno che non avesse commesso una grave negligenza.

Queste definizioni di carattere generale risentono delle precisazioni legate ai vari settori di attività o alla concreta organizzazione aziendale.

Il punto nodale in un processo penale per lesioni o morte sul lavoro, pertanto, è quello di comprendere come si articola la posizione di garanzia in capo ad ogni soggetto.

Risolutiva in tal senso è la recente sentenza di Cassazione Penale, sez. IV, 13 settembre 2013, n. 37738, la quale si pone l’obiettivo di fare un vero e proprio “punto della situazione” nella materia del sistema prevenzionistico in vigore.

La decisione giurisprudenziale sopracitata è apprezzabile proprio perché si preoccupa di rivisitare il classico inquadramento dei reati commissivi mediante omissione.

Per questa via, il relatore affronta l’analisi critica della causalità condizionalistica (equivalenza casuale) non curandosi affatto di attaccarla ferocemente, perché foriera di una forza espansiva – cioè, di una moltiplicazione delle imputazioni – capace di coinvolgere una vastità di soggetti da considerarsi, oggi, obsoleta.

Si critica la causalità adeguata, la causa efficiente, la causalità umana e la teoria del rischio: tutte definizioni che abbiamo studiato nei nostri testi universitari e che hanno, come comune

denominatore, il tentativo di separare la sfera di responsabilità, affinché l'illecito possa attribuirsi, come si conviene in un sistema penale costituzionalmente orientato, solo a colui che ne sia effettivamente l'autore.

Fondamentale è, in quest'ottica, l'affermazione della Suprema Corte: “La diversità dei rischi separa le sfere di responsabilità”.

Ne discende che **il rischio designa l'ambito in cui si esplica l'obbligo di garanzia.**

Pertanto, il buon avvocato deve preoccuparsi di individuare il rischio gestito dal suo assistito onde verificare, come sopra accennato, la percepibilità da parte di questi, di segnali di allarme nell'ambito della gestione di un lavoro di equipe, connotato dal necessario affidamento nel buon lavoro altrui.

E' utopia credere che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere delineata rigidamente, ma non per questo si deve pensare che non sia di fondamentale importanza delineare ruoli, competenze e poteri in fase progettuale ed esecutiva.

Non vi è alcuna automaticità quando si parla di responsabilità. Il concetto è stato ribadito anche recentemente dalla Suprema Corte con la sentenza n. 42309/2014: in caso di infortunio del lavoratore interinale, va verificato nel caso concreto quale sia la ripartizione degli obblighi di sicurezza in caso di lavoro somministrato, non potendosi affermare in via “automatica” che gravino sul personale direttivo dell'agenzia del lavoro. [Elena Zennaro]

II.

IL PROBLEMA DELL'APPALTO E DEL SUBAPPALTO NELLA RIPARTIZIONE DELLE RESPONSABILITA'

2.1 LA RESPONSABILITA' PENALE NEGLI APPALTI E NEI CANTIERI TEMPORANEI O MOBILI - COMMENTO ALLA SENTENZA N. 643/13 DEL TRIBUNALE DI VENEZIA

“...si deve affermare la responsabilità penale di (...) quale legale rappresentante della società committente per aver omesso quale coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione le verifiche ed interventi di sua competenza ex art.5 comma 1 lett. a), e), f) del D.lvo 494/96, per omessa valutazione dei rischi interferenziali nel proprio POS;

“si individua la responsabilità penale nella figura di (...) (legale rappresentante dell'ATI) e (...) (titolare dell'impresa che ha eseguito i lavori in subappalto) quali responsabili primari della sicurezza nelle rispettive imprese, per non aver attuato alcuna di cooperazione e/o coordinamento volta ad eliminare i rischi interferenziali tra le lavorazioni di competenza di ciascuna impresa.....deve affermarsi la responsabilità del capo cantiere D il quale essendo soggetto preposto in cantiere alla attuazione e verifica dei presidi di sicurezza ometteva tale verifica e non attuava le

misure di prevenzione del PSC.....” (Trib. Mon. Ve. Sent. 646/13).

La sentenza emessa dal Tribunale di Venezia - Giudice Monocratico - è stata pronunciata relativamente ad un delitto di lesioni colpose ex art. 590 commi 1, 2 e 3 verificatosi in un cantiere edile durante le lavorazioni di restauro di un immobile, per la cui esecuzione intervenivano svariate imprese.

In particolare il proprietario dell'immobile affidava ad una società committente l'incarico di occuparsi, gestire ed eseguire tali lavorazioni.

La committente appaltava l'esecuzione dei lavori ad una ATI, associazione temporanea di imprese, composta a sua volta da una società mandataria - capogruppo e da una mandante.

Una parte ulteriore dei lavori affidati alla ATI, nello specifico quelli nell'ambito dei quali si è verificato il fatto, è stata oggetto di successivo subappalto a favore di una ditta individuale, alle cui dipendenze era assunto il lavoratore che ha subito il grave infortunio.

L'ipotesi accusatoria è stata formulata a carico di tutti gli imputati per la violazione degli articoli 40, 590 comma 1, 2 e 3 per aver variamente concorso, nelle rispettive qualità, a cagionare lesioni al lavoratore.

La pronuncia è stata emessa a fronte di un capo di imputazione formulato in epoca antecedente all'entrata in vigore del c.d. Testo Unico della sicurezza sul lavoro D.Lgs. 81/2008, pertanto agli imputati sono state contestate le specifiche violazioni previste dalla normativa antinfortunistica, che sommariamente poteva essere ricondotta al DPR 547/1955, DPR 164/1956, D.Lvo 626/1994, D.Lvo 494/1996, 2087 c.c.

L'infortunio è avvenuto durante una fase di lavorazione in cui erano impiegate in cantiere imprese diverse, ciascuna delle quali era intenta ad eseguire le proprie lavorazioni.

In particolare mentre gli operai di una impresa erano intenti a sollevare con un argano una carriola carica di malta per eseguire delle opere murarie ai piani superiori dell'immobile, altri operai di un'altra impresa stavano attendendo al piano terreno alla ultimazione delle vasche dell'impianto di depurazione dello stesso immobile.

La carriola, per un difettoso funzionamento del gancio di sicurezza dell'argano cui era stata collegata, si sganciava e cadeva rovinosamente sulle vasche di depurazione in cui si trovavano altri operai, uno dei quali veniva schiacciato a seguito della caduta della carriola.

Sono stati citati a giudizio il titolare legale rappresentante della ditta individuale alle cui dipendenze stava lavorando l'operaio infortunatosi, per aver omesso di verificare il corretto funzionamento dell'argano elevatore.

E' stata affermata la penale responsabilità sia del titolare dell'impresa individuale alle cui dipendenze stava lavorando l'operaio infortunatosi, sia del legale rappresentante della società

mandante dell'ATI che ha commissionato i lavori in subappalto alla ditta individuale.

Entrambi i soggetti sono stati ritenuti, in qualità di responsabili della sicurezza delle rispettive imprese, colpevoli per aver colposamente ommesso di attuare alcuna forma di cooperazione/coordinamento finalizzata ad eliminare i rischi interferenziali tra le lavorazioni di competenza di ciascuna impresa, e per aver colposamente ommesso di attuare le misure di prevenzione previste nel Piano Sicurezza Cantiere.

E' stata altresì affermata la penale responsabilità del legale rappresentante della società committente dei lavori dell'intero cantiere per aver ommesso, quale coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, le verifiche ed interventi di sua competenza ex art. 5 comma 1 lett. a), e) f) del D.Lvo 494/96, con colpa consistita nell'omessa verifica dell'effettiva applicazione del PSC nella parte relativa alla movimentazione dell'argano da parte delle imprese esecutrici dei lavori edili, nonché per aver tollerato la contemporaneità delle lavorazioni fonte di rischi interferenziali e per aver ommesso di contestare alle ditte esecutrici le violazioni del PSC.

Veniva infine condannato il capo cantiere - responsabile della sicurezza di cantiere per aver ommesso di attuare la normativa vigente in materia di sicurezza del Piano Sicurezza Cantiere, e per aver ommesso di verificare l'efficienza e l'efficacia dei mezzi a disposizione della sicurezza in cantiere.

Il Tribunale di Venezia ha, invece, assolto da ogni responsabilità penale il legale rappresentante della società capogruppo dell'ATI in quanto non tenuto alla valutazione dei rischi interferenziali ed al coordinamento delle relative violazioni, nonché per il fatto che tale soggetto non rivestiva alcuna posizione di garanzia rispetto alle misure antinfortunistiche violate.

E' stato inoltre riconosciuto estraneo ad ogni penale responsabilità il direttore tecnico di cantiere e l'assistente di cantiere, nonché il legale rappresentante della società di consulenza cui erano state affidate dall'ATI l'adozione di soluzioni tecniche per i lavori di cantiere.

L'esclusione della responsabilità veniva individuata nell'assenza, in capo a tali soggetti, della posizione di garanzia rispetto all'assunzione degli obblighi di sicurezza in merito alla esecuzione degli interventi effettuati da altri soggetti.

Posto che la pronuncia in commento, resa in epoca successiva all'entrata in vigore del T.U. 81/2008, si è fondata sulla valutazione di addebiti di colpa specifica modulati sulla scorta della disciplina previgente, appare opportuno affrontare la responsabilità penale connessa al contratto d'appalto in epoca anteriore e successiva all'entrata in vigore del T.U. 81/2008, in una duplice prospettiva: la disamina del c.d. appalto interno, oggi disciplinato dall'art. 26 del T.U. e la parallela disamina della disciplina degli appalti nei cantieri temporanei o mobili, oggi codificata negli artt. 88 e ss. T.U.

2.2 *OBBLIGHI CONNESSI AI CONTRATTI D'APPALTO O DI SOMMINISTRAZIONE: L'ART. 26 DEL D.Lgs. 9 APRILE 2008 n. 81*

A mente dell'art. 1655 del codice civile *“l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo di denaro”*.

E' sufficiente scorrere una rassegna giurisprudenziale civile in tema di responsabilità extracontrattuale in tema di appalto per avvedersi che la difesa “canonica” dell'appaltatore, chiamato quale corresponsabile aquiliano del committente, è quella di essere stato un *nudus minister* alla mercé di questi.

La giurisprudenza tradizionale in campo penale è rimasta per decenni ancorata ai canoni civilistici, escludendo la responsabilità penale (per infortuni sul lavoro) del committente salvo (oltre *alla culpa in eligendo*) che questi si fosse ingerito, a vario titolo, nei lavori appaltati.

“In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro in caso di contratto di appalto per l'esecuzione di opere, destinatario delle norme sulla prevenzione degli infortuni è unicamente l'appaltatore e non il committente. Con il contratto di appalto infatti l'appaltatore assume ogni rischio inerente all'esecuzione dei lavori ed a lui compete organizzare il cantiere con propri mezzi e con personale da lui assunto.” (Cass. Pen. 29/9/1992).

Fino al 1996 la figura del committente era quasi esclusa dalla diretta responsabilità penale per gli infortuni sul lavoro nei contratti di appalto, e solo l'intervento della giurisprudenza (per tutte Cass. Pen., sez. IV, 5 luglio 1990) ha mitigato quella che rischiava di divenire, a carico del solo appaltatore, una responsabilità oggettiva.

Così veniva affermata la responsabilità del committente ogni qualvolta questi si fosse sostituito, ovvero ingerito, nella sfera di autonomia riservata all'appaltatore nella esecuzione dell'opera e nella assunzione dei rischi, anche di carattere antinfortunistico, derivanti da tale esecuzione.

Nessuna delle normative di riferimento per i lavori eseguiti in contratto di appalto, ovvero D.P.R. n. 547 del 1955, D.P.R. n. 164 del 1956, D.P.R. n. 302 del 1956 e D.P.R. n. 303 del 1956, D.Lgs. n. 626 del 1994, menzionavano il ruolo del committente.

Anche il D.Lgs. 626/1994, definita *“la GrundNorme del diritto prevenzionistico”* (Cass. 36398/2013), continua ad individuare nel solo datore di lavoro il soggetto tenuto a rispondere direttamente ed in via principale, del rischio antinfortunistico.

Invero l'art. 7 D.Lgs. 626/1994 evocato nella sentenza in commento *“individua nel solo datore di lavoro che affida i lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima il referente soggettivo degli obblighi che la medesima*

disposizione introduce, essenzialmente al fine di far fronte al rischio c.d. interferenziale, ovvero quel rischio che si determina per il solo fatto della coesistenza in un medesimo contesto di più organizzazioni, ciascuna delle quali facente capo a soggetti diversi.”

L'art. 7 D.Lgs. n.626/1994 è stato preso a riferimento per la formulazione dell'art. 26 T.U. D.Lgs. 81/2008 che ha, tuttavia, ampliato l'ambito di operatività della responsabilità del datore di lavoro-appaltatore, non più limitata ai soli cd. appalti interni, ma anche a tutti i lavori da eseguirsi nell'intero ciclo produttivo dell'azienda.

Non solo, ma sono stati altresì ampliati i soggetti chiamati a rispondere penalmente dell'inosservanza delle misure antinfortunistiche, ricomprendendo in essi anche il committente ed il subappaltatore.

Invero allorché il committente ponga in essere un'attività di concreta interferenza sul lavoro altrui, la sua responsabilità viene coinvolta.

Il committente risponde del danno subito dal dipendente dell'appaltatore ogni qualvolta si sia ingerito nell'esecuzione dell'opera oggetto di appalto, mediante una condotta che abbia comportato la violazione di norme di presidio antinfortunistico (Cass. 43394/2010). L'art. 26 T.U. 81/2008 è norma molto rigorosa, che palesa la volontà del Legislatore di assicurare al massimo grado la tutela individuale all'interno del luogo di lavoro, con massima estensione della previsione dei soggetti in posizione di garanzia nell'attuazione delle misure di prevenzione nel distretto produttivo aziendale.

Ciclo produttivo che non si esaurisce solo nell'unitario luogo “fisico” in cui si svolge l'attività produttiva/imprenditoriale, ma nell'intera area geografica in cui potrebbe essere articolata la produzione imprenditoriale.

Scopo della norma è, invero, di tutelare tutti i soggetti che, a vario titolo, concorrono a raggiungere la finalità dell'intero ciclo produttivo attuato dall'imprenditore-datore di lavoro (Cass.12 ott. 2007).

La sfera di dominio del datore di lavoro - appaltatore non può tuttavia estendersi irragionevolmente ad ogni singola attività che si compie nell'intero ciclo produttivo.

Tanto è vero che lo stesso art. 26 T.U. è stato modificato dal D.Lgs. 106/2009 che pur mantenendo fermo l'ambito di responsabilità rispetto all'intero ciclo produttivo, ne restringe la portata prevedendo “ *sempre che il datore di lavoro abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo.*”

E così è stata esclusa la responsabilità di una società petrolifera per lesioni derivate ad un dipendente dell'impresa appaltatrice non essendo nella disponibilità della società petrolifera stessa, bensì del gestore, l'ambiente di lavoro in cui si è svolta la manutenzione. (Cass. 17846/2012).

A corollario si rende necessario rilevare che nei casi in cui il datore di lavoro non coincide con il committente, il soggetto che affida il contratto ha l'obbligo, per quanto disposto dall'art. 26 comma

3 ter D.Lgs. 81/2008, di redigere il documento di valutazione dei rischi inerenti alla tipologia delle prestazioni che potrebbero derivare dal contratto.

Invero osservando quanto si verifica nella realtà nei rapporti di appalto tra committente ed appaltatore il Legislatore del T.U. ha previsto, all'art. 26, comma 2, lettere a) e b), obblighi di cooperazione e coordinamento tra più datori di lavoro quando essi cooperano nell'esecuzione dell'attività lavorativa oggetto dell'appalto.

Come detto l'art. 3 prescrive l'elaborazione, da parte del datore di lavoro committente, del DUVRI - documento unico di valutazione dei rischi interferenti - nel quale devono essere indicate le misure tanto per eliminare i rischi derivanti dall'attività cui sono esposti i lavoratori, quanto per eliminare e ridurre i rischi derivanti dalle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'opera complessiva. Ne restano esclusi, per il disposto D.Lgs. 106/2009, le sole attività esenti da rischi, quali quelle aventi ad oggetto i servizi di natura intellettuali, la mera fornitura di materiali, ovvero quelli di breve durata se esenti da rischi.

Come è vero che redare il documento di valutazione dei rischi è obbligo esclusivo e personale del datore di lavoro, tuttavia per il solo committente datore di lavoro tale redazione può anche essere delegata a terzi, pur gravando sempre sul committente il correlativo obbligo. (Cass. 2285/2013).

La Suprema Corte (Cass. 9153/2012) stabilisce che normale diligenza e prudenza deve sempre sovrintendere alle attività imprenditoriali, e pertanto si rende necessario che un imprenditore non solo provveda alla sicurezza dei propri dipendenti, ma anche garantisca la sicurezza all'interno della propria azienda anche a chiunque fosse chiamato a lavorarvi, a qualsiasi titolo.

Ai fini dell'accertamento della penale responsabilità a titolo colposo, l'interferenza tra impresa appaltante ed appaltatrice non attiene alla valutazione delle sole attività rischiose, ma comporta che entrambe le imprese individuino specificamente le attività potenzialmente rischiose, ed intervengano per limitarne i rischi connessi.

Il personale della ditta appaltatrice ha diritto di conoscere preventivamente, con valutazione a cura dell'appaltante, i rischi cui può andare incontro in quel luogo di lavoro (Cass. 6857/2012).

Il principio generale affermato dalla Cassazione in materia di interferenze tra appaltante ed appaltatrice è quello secondo cui “ *ove i lavori si svolgano nello stesso cantiere predisposto dall'appaltante in esso inserendosi anche l'attività dell'appaltatore per l'esecuzione di un'opera...e non venendo meno l'ingerenza dell'appaltante e la diretta riconducibilità anche a lui dell'organizzazione del comune cantiere...sussiste la responsabilità di entrambi i soggetti in relazione agli obblighi antinfortunistici, alla loro osservanza ed alla dovuta sorveglianza al riguardo*” (Cass. Pen. 5420/2012).

La penale responsabilità nell'aver colposamente cagionato lesioni ai soggetti coinvolti

nell'esecuzione di un'attività imprenditoriale non riguarda solamente committente ed appaltatore, ma ricade anche per la previsione dell'art. 26 co. 3 T.U. 81/2008, sui subappaltatori (Cass. 38546/2012). L'importanza e l'attenzione che la giurisprudenza riserva alla valutazione dei rischi da parte dei soggetti variamente coinvolti nell'esecuzione di un'attività in appalto, è tale che si è giunti ad affermare anche la responsabilità dell'appaltatore rimasto estraneo alle direttive impartite dal committente al lavoratore.

Ciò sul presupposto che l'appaltatore è comunque tenuto all'osservanza delle norme prescrizionali antinfortunistiche, e non va esente da responsabilità nel caso in cui si sia disinteressato nel cooperare nell'attuazione e nel coordinamento delle misure di sicurezza (Cass. 36284/2012).

In tema di lavori eseguiti all'interno della stessa azienda da imprese appaltatrici a seguito di contratto d'appalto o d'opera la normativa previgente, art. 7 D.Lgs. 626/1994, contemplava che i datori di lavoro genericamente intesi dovessero cooperare nella prevenzione e protezione dai rischi dell'attività oggetto di appalto, nonché nel coordinamento degli interventi volti a prevenire i rischi derivanti dall'interferenza delle varie attività (lett. b).

L'art. 26 T.U. 81/2008 prevede, sotto il profilo della prevenzione dei rischi nell'appalto, due distinti obblighi: quello di coordinare gli interventi di programmazione e prevenzione cui sono esposti i lavoratori, cui sono tenuti i datori di lavoro per tali intendendo anche i subappaltatori, e quello di promuovere la cooperazione ed il coordinamento mediante la redazione del documento di valutazione dei rischi, al quale sono ora tenuti soltanto - a differenza della previgente normativa - i datori di lavoro committenti, restandone esclusi quelli non committenti, potendosi quindi ritenere che il reato di omessa elaborazione del documento di valutazione dei rischi sia da considerarsi reato proprio del datore di lavoro committente.

La responsabilità del datore di lavoro committente per i lavori eseguiti nel cd. appalto interno non si estende tuttavia ad ogni previsione di rischio. Ne restano esclusi, invero, i soli rischi specifici, tipici e propri dell'impresa appaltatrice, che implicano la conoscenza di specifiche procedure od esecuzione di speciali tecniche (Cass. 4481/2010 - 37600/2010).

In ciò si ravvisa una sostanziale conformità con quanto disposto nella previgente normativa: ai sensi dell'art.7 co. 3 D.Lgs. 626/1994 il datore di lavoro committente era esente dalla cooperazione con l'impresa appaltatrice nella valutazione dei rischi – allora denominato piano operativo di sicurezza - nell'ipotesi in cui tali rischi fossero propri e specifici delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi (Cass. 31296/2005). La valutazione della specificità dei rischi viene meno, allorché la palese violazione delle norme antinfortunistiche sia facilmente percepibile dal committente senza particolari indagini (Cass. 48328/2009), nel qual caso la sua responsabilità non è esclusa.

L'art.26 D.Lgs. 81/2008 è reso applicabile dalla giurisprudenza anche al c.d. distacco improprio di lavoratori, mentre per il cd. distacco proprio soccorre la previsione dell'art.3 D.Lgs. 81/2008. La Suprema Corte ha affermato il principio secondo il quale il datore di lavoro è tenuto ad assicurarsi che i propri dipendenti lavorino in condizioni di sicurezza nel momento in cui invia gli stessi presso terzi, ovvero comunque consente che essi operino in ambienti di lavoro da lui non gestiti ed organizzati (Cass. 34349/2009).

Restando, ovviamente, anche a carico del beneficiario della prestazione di tale distacco l'obbligo di garantire la sicurezza, ne deriva che entrambi i datori di lavoro possono rispondere - a titolo di concorso colposo – nell'aver causato i danni derivati ai dipendenti dall'eventuale inosservanza di presidi antinfortunistici.

E' stato affrontato dalla Suprema Corte anche il tema relativo agli infortuni accaduti in occasione di lavori affidati in appalto con contratti di noleggio “ a caldo” ed “a freddo”. Il quesito riguarda, in particolare, se colui che noleggia un macchinario ad altro imprenditore debba rispondere degli infortuni occorsi al proprio dipendente, ma connessi alla cattiva organizzazione dell'impresa “noleggiante”.

Il contratto di noleggio, in quanto tale, è figura tipica del codice della navigazione, che lo disciplina all'art. 348. Quello comunemente definito noleggio nei rapporti di natura civilistica “ in realtà tale tipo di figura contrattuale rientra nell'alveo del contratto di locazione disciplinato dall'art.1571 c.c.” (Cass. 23604/2009).

La distinzione tra nolo a caldo ed a freddo risiede nel fatto che nel primo, a differenza del secondo, oltre al macchinario viene messo a disposizione dal locatore un proprio dipendente con una specifica competenza nell'utilizzo del macchinario stesso (ibid.). In questo la Suprema Corte ha dimostrato diversità di orientamenti. Invero se talora (Cass. 23604/2009) esclude la responsabilità dell'imprenditore che si limita a mettere a disposizione il macchinario con un proprio dipendente dal momento che non assume alcuna posizione di garanzia restando estraneo all'organizzazione del lavoro di cui si occupa esclusivamente l'imprenditore “noleggiatore”, l'altra (Cass. 37325/2012) afferma la penale responsabilità anche del noleggiatore “*rispetto alle conseguenze dannose derivanti dall'inosservanza delle norme antinfortunistiche relative al macchinario noleggiato*”.

In altra pronuncia (Cass. 18628/2010) si esplicita la motivazione di tale ultima responsabilità, insita nel c.d. “*principio di affidamento che non esonera l'affidante da responsabilità anche quando l'affidato sia responsabile per la sua condotta colposa, nel caso in cui l'affidante ponga in essere una condotta causalmente rilevante*”.

In riguardo alla posizione di garanzia che assume il noleggiatore, anche per il nolo a freddo è possibile ravvisare ipotesi di penale responsabilità per infortuni accaduti nell'utilizzo – da parte dei

dipendenti dell'imprenditore noleggiante - del macchinario oggetto di noleggio.

E' stata affermata – in concorso con il datore di lavoro del dipendente infortunato - la penale responsabilità del legale rappresentante di una società che ha solamente noleggiato un escavatore “*per aver dato un macchinario priva di dispositivi di sicurezza, che comporta la mancata garanzia del principio di tutela della sicurezza del lavoro e la violazione delle regole sui dispositivi di sicurezza*” (Cass. 14413/2012). Precisa tuttavia la Suprema Corte nella stessa pronuncia che “*il principio di affidamento non certamente invocabile sempre e comunque, dovendo temperarsi con il concorrente principio della salvaguardia degli interessi del soggetto nei cui confronti opera la posizione di garanzia ... tale principio non è invocabile allorché l'altrui condotta imprudente, ossia il non rispetto da parte di altri di regole precauzionali imposte, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale proprio da parte di chi invoca il principio.*”

2.3 CANTIERI TEMPORANEI O MOBILI: gli artt. 88 e ss. del D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81

Il campo elettivo del subappalto esterno è quello dei lavori svolti nell'ambito dei cosiddetti cantieri temporanei o mobili, in previgente disciplinati dal decreto cantieri (D.Lgs. 14.8.1996 n. 494) e, nell'attualità, dal titolo IV del T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (di seguito, semplicemente, T.U: D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81).

La *ratio* di una disciplina *ad hoc* per siffatta tipologia di attività lavorative va rinvenuta nelle caratteristiche stesse della cantieristica, che vede sovente –se non inevitabilmente - la compresenza, nel medesimo contesto spazio - temporale, di attività dal carattere variegato e complesso, disarticolate sul fronte della sicurezza e facenti capo a soggetti differenti.

La Direttiva Europea 24.6.1992 n. 92/57/CEE ha tra l'altro previsto ed imposto la necessità di un “rafforzamento del coordinamento fra i vari operatori fin dall'elaborazione del progetto e altresì all'atto della realizzazione dell'opera”.

Detta direttiva è stata recepita nell'ambito del nostro ordinamento ad opera del decreto cantieri, successivamente integrato da altri provvedimenti normativi aventi ad oggetto nuovi obblighi per i piani di sicurezza e coordinamento, per i piani di sicurezza sostitutivi nonché per i piani operativi per i cantieri pubblici (L. 11.2.1994 n. 109; L. 18.11.1998 n. 415 e Dlgs. 19.11.1999 n. 528).

La definizione di cantiere temporaneo o mobile, tanto semplice quanto lata, è contenuta nell'art. 89 comma 1 lett. a) del T.U., a mente del quale si tratta di “qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile il cui elenco è riportato nell'Allegato X”.

Tralasciando i problemi posti da siffatta definizione e rimanendo nell'alveo della specifica tematica oggetto del presente lavoro appare evidente che il precetto comunitario posto a presidio dell'esigenza di coordinamento delle attività lavorative ha il suo ambito fisiologico di applicazione nel campo dell'appalto e subappalto: ed è evidente che, discorrendo di appalto, i nodi centrali sono rappresentati dall'individuazione dei doveri del committente e dell'appaltatore nonché dalla determinazione dei casi di loro concorrente responsabilità per i casi di lesione o decesso a danni di terzi.

Scorrendo l'art. 89 del T.U. e prendendo in esame le varie figure disciplinate vengono qui in rilievo la figura del committente (lett. a), quella dell'impresa affidataria (lett. i) e quella dell'impresa esecutrice (lett. i bis, aggiunta dal D.Lgs. 3 agosto 2009 n. 106).

Committente è il soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata.

Impresa affidataria è quella titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici (o di lavoratori autonomi).

Impresa esecutrice è quella che esegue un'opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali.

Il tema al contempo più delicato e controverso, in tema di appalti (esterni ma, come abbiamo visto, anche interni), è quello della individuazione delle eventuali ipotesi di responsabilità penale del committente in relazione ad eventi lesivi (o fatali) ai danni dei lavoratori.

2.3.1 *Gli obblighi del committente*

Prima del decreto cantieri il committente poteva essere mandato assolto dai reati (di lesione colposa ed omicidio colposo) commessi dall'appaltatore a condizione che non si fosse ingerito nelle scelte dell'appaltatore.

La regola era, quindi, l'esclusione di responsabilità e l'eccezione, limitata ai casi di ingerenza, era la corresponsabilità con l'appaltatore.

Il decreto cantieri prima e il T.U. ora, hanno effettuato e confermato una scelta di campo, come detto, in netta controtendenza con il passato: il committente è stato infatti coinvolto pienamente nell'attuazione delle misure di sicurezza.

Questo cambio di rotta ha coerentemente implicato la necessità di individuare, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, quale fosse il soggetto - persona fisica qualificabile come committente ai fini degli obblighi di sicurezza sul lavoro.

Mentre, infatti, il committente privato viene identificato sulla scorta dell'interesse alla realizzazione dell'opera (soggetto **per conto del quale** l'intera opera viene realizzata), nell'ambito delle pubbliche amministrazioni committente è il soggetto titolare del potere decisionale e di spesa.

Premettiamo subito che il discorrere del committente presuppone la parallela analisi dei poteri e doveri del suo *alter ego*, ovvero il responsabile dei lavori.

Detta figura, ora disciplinata dalla lettera c) del T.U., coincide con il soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal presente decreto.

La stessa definizione normativa consente di apprezzare come detta figura rappresenti la vera valvola di sfogo della potenziale responsabilità penale del committente; alla mutata fisionomia, *in pejus*, degli obblighi di sicurezza in capo al committente fa da contraltare l'ammissione di un potere

illimitato di esclusione di detti obblighi a fronte di un mero atto di volontà (*rectius* di incontro di volontà) del soggetto cui detti obblighi farebbero – altrimenti - capo.

Il responsabile dei lavori è colui che assumerà infatti i compiti propri del committente secondo una latitudine definitoria sconfinata.

Il previgente art. 2 del decreto cantieri rendeva la nomina del responsabile dei lavori meramente facoltativa: l'originaria stesura dell'art. 89 del T.U. pareva viceversa averla trasformata in obbligatoria.

Il responsabile dei lavori diveniva infatti “il soggetto incaricato dal committente della progettazione o del controllo dell'esecuzione dell'opera, coincidente con il progettista per la fase di progettazione e con il direttore dei lavori per la fase di esecuzione”.

La dottrina (tra gli altri, Masi, Luci ed Ombre del Titolo IV: i primi dubbi interpretativi, in *Asic*, 2008, 14, 21 ss) aveva infatti dubitato della legittimità di una scelta impositiva *ex lege* della nomina di un soggetto tecnico esperto chiamato a sostituirsi al committente nelle varie incombenze delegategli dal T.U.

Una tale lettura non parve, tuttavia, coerente con il dettato del successivo art.93 il quale, sancendo che “il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori..”, apriva la strada ad una più convincente linea ermeneutica favorevole ad una mera facoltatività della nomina del RdL (Bacchini, Obblighi di sicurezza e delega di funzioni tra committente e responsabile dei lavori, in *ISL*, 2009, 2, 73).

Ci si permette di aggiungere che la metamorfosi (peggiorativa) del ruolo del committente in punto di sicurezza, accompagnato dall'obbligatorietà della nomina di un suo alter ego totalmente responsabile in sua vece sarebbe apparsa opzione legislativa difficilmente difendibile sul piano della logica.

Ad ogni buon conto l'attuale formulazione dell'art 89 T.U. non ammette dubbi: il committente **può** nominare un RdL.

Prima di entrare nel cuore della responsabilità del committente torniamo brevemente sulla filosofia che ha animato il *revirement* dell'approccio alla relativa figura (già) nel 1992.

Al fine di affrontare e mitigare il continuo e massiccio proliferare degli infortuni sul lavoro nel campo degli appalti e costruzioni, il legislatore ha optato per la responsabilizzazione del soggetto per conto del quale i lavori vengono eseguiti: ciò si è tradotto nella previsione di tutta una serie di obblighi in capo al committente, cristallizzati nell'art 90 del T.U., che tra l'altro prevede:

- 1) Il rispetto delle misure generali ex art. 15 del T.U. nella fase di progettazione dell'opera;
- 2) La disamina del PSC e del fascicolo della sicurezza;

- 3) La nomina (alla presenza delle ulteriori condizioni previste dalla legge) del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione nel caso di presenza di più imprese esecutrici;
- 4) La verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese affidatarie ed esecutrici.

Analizziamo, in particolare, i primi due obblighi del committente.

L'opera andrà progettata siccome sicura ed il committente è il vero protagonista di tutta la fase preliminare ai lavori.

Committenti e responsabili dei lavori dovranno infatti attenersi, nelle fasi di progettazione dell'opera, in primo luogo, ai principi e alle misure generali di tutela contemplate dall'art. 15, con particolare riferimento "al momento delle scelte architettoniche, tecniche ed organizzative, onde pianificare i vari lavori o fasi di lavoro che si svolgeranno simultaneamente o successivamente" nonché "all'atto della previsione della durata di realizzazione di questi lavori o fasi di lavoro" (art. 90 comma 1 T.U.).

Per comprendere l'esatta portata del primo tracciato obbligo del committente appare necessario rammentare l'*ubi consistam* dell'art. 15 del T.U.

La prevenzione, quella vera, perché lungimirante e di vasto respiro, è quella generale e merita, come ha meritato nell'art. 15, l'individuazione di principi applicabili ad ogni cantiere mobile ed a ogni appalto senza esclusione di sorta.

Se si riflette – da un lato - che la prima regola generale nell'ambito dei generalissimi principi di prevenzione fissati da tale norma coincide con "la valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza" (art. 15 comma 1 lettera a) e – dall'altro - che il primo compito del committente coincide esattamente e proprio in detta valutazione (attraverso, appunto, il richiamo all'art. 15 operato dall'art. 90 comma 1 T.U.), risulta evidente che il soggetto **per conto del quale l'intera opera viene realizzata** diviene non solo attore ma anche il vero e quanto meno primo regista della sicurezza.

Egli deve progettare l'opera valutando tutti i rischi per la salute e sicurezza; un profondo guado lo separa dal committente non ingente di ormai antico conio.

Il secondo obbligo generale del committente (ex art. 90 comma 2 T.U.) è quello di prendere in considerazione il piano di sicurezza e coordinamento (PSC) nonché il fascicolo contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori.

L'attuale formulazione normativa, significativamente modificata dal D.Lgs 106 del 2009, ha mitigato il contenuto dell'obbligo di disamina del PSC da parte del committente.

Da un obbligo di **valutazione** (ante D.Lgs 106/09) si è passati ad un obbligo di **presa in considerazione** di tali documenti.

La scelta è stata giustificata in dottrina con l'esigenza di rapportare l'obbligo alla concreta eventualità che il committente ed il responsabile dei lavori siano privi delle competenze e esperienze tecniche nei confronti dei lavori da eseguire (così Rapuano, i Cantieri temporanei o mobili, in Zoppoli, Pascucci, Natullo, le Nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori, Milano 2010).

Il confine tra valutare e prendere in considerazione il PSC, confine che potrebbe apparire a prima vista labile, dovrebbe potersi esplicitare nella divaricazione concettuale che sussiste tra una disamina critica integrale nel merito del piano ed una più tenue verifica della presenza di antinomie evidenti che si dovessero tradurre in rischi palesemente sottovalutati dall'estensore del piano.

Tale opzione mitigatrice non appare in contrasto con la scelta legislativa di anticipare in capo al committente la disamina dei rischi ex art. 15 T.U.

La valutazione del rischio, per essere adeguatamente finalizzata alla prevenzione del rischio, non può e non deve essere improvvisata né avventata.

Se è concettualmente corretto responsabilizzare il committente in merito agli obblighi generali di sicurezza ex art. 15 T.U., sarebbe d'altro canto risultato distonico se non illogico affidare ad un soggetto potenzialmente atecnico (il committente) una disamina nel merito del piano di sicurezza e coordinamento dell'intero cantiere.

Il PSC, che è il piano di sicurezza di livello più elevato, è infatti di competenza di un soggetto necessariamente qualificato e preparato: quindi esperto. Sono richiesti, in capo al soggetto deputato alla sua elaborazione (il coordinatore per la progettazione, CSP), profili professionali altamente specializzati come previsti dall'art. 98 del T.U.

Solo eventualmente tale figura può coincidere con il committente: allorché quest'ultimo sia, come predicato dall'art. 90 comma 6 del T.U., in possesso di detti requisiti.

Appare quindi coerente che il committente, che non è un tecnico, non debba essere chiamato a verificare in modo penetrante il contenuto di un piano (il PSC) redatto da un tecnico altamente specializzato.

2.3.2 La nomina del Responsabile dei lavori e l'esonero di responsabilità del committente

Così delineato normativamente, il ruolo del committente è, quindi, esposto sul fronte penale: è stato, quindi, lo stesso legislatore a porsi il tema del (necessario) **esonero di responsabilità del committente** in caso di nomina del responsabile dei lavori.

Il tema è affrontato, integralmente, dall'art. 93 del T.U.: l'attuale formulazione è frutto di un significativo – per non dire radicale - intervento ad opera dell'art. 62, comma 1, lettera a) del D.Lgs. 106/2009, che ha soppresso l'intera seconda parte del primo comma dell'art. 93 del T.U. che oggi è così formulato (tra parentesi l'inciso soppresso): **“il committente è esonerato dalle responsabilità**

connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori. *(In ogni caso il conferimento dell'incarico al responsabile dei lavori non esonera il committente dalle responsabilità connesse alla verifica degli adempimenti degli obblighi di cui agli artt. 90, 92, comma 1, lettera e), e 99)."*

Nella formulazione originaria, quindi, la nomina del responsabile dei lavori risultava insufficiente ad escludere tout court la responsabilità del committente.

Per comprendere tale scelta dobbiamo fare un passo indietro.

Prima del recepimento delle direttive comunitarie si registrava un vivace dibattito afferente le eventuali responsabilità che "potevano o dovevano sussistere in capo al committente" (Ceglie, Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità, in Comm. Carinci, VIII, Ambiente e Sicurezza del lavoro, a cura di Rusciano, Natullo, Torino 2007).

Da un lato si propendeva per una totale irresponsabilità del committente nel caso di infortuni sul lavoro verificatisi durante le lavorazioni: opzione confermata normativamente dall'art. 18 della L. 19.3.1990 n. 55 e dall'art. 31 della L. quadro 11.2.1994 n. 109.

Dall'altro si sosteneva che il committente, pur privo di responsabilità dirette nel cantiere, dovesse rispondere penalmente in presenza di sue condotte colpose verificatesi nel momento preventivo e pro palatesi successivamente, quanto ad efficacia causale, ai danni della salute dei lavoratori (Ceglie, 558).

Il già citato decreto cantieri, disciplinando la responsabilità dei committenti e dei responsabili dei lavori, ha stabilito la trasmissibilità della responsabilità dal primo al secondo, nei limiti dell'incarico conferito, con esonero totale per l'ipotesi in cui l'incarico e i poteri affidati fossero stati pieni ed effettivi (art. 6 D.lvo 14 agosto 1996 n. 494).

Il T.U. nella sua versione originaria riprendeva solo parzialmente tale disposizione e la relativa filosofia, "sposata" nuovamente solo in tempi più recenti.

A ben vedere nel corso degli anni è mutata la stessa figura del responsabile dei lavori.

Nel decreto cantieri il responsabile dei lavori era (art. 2 lettera c): il soggetto che può essere incaricato dal committente ai fini della progettazione **o della esecuzione o** del controllo dell'opera.

Nella versione originaria del T.U. il responsabile dei lavori era (art. 89 comma 1 lett. c) il soggetto incaricato dal committente della progettazione o del controllo dell'esecuzione dell'opera; tale soggetto coincideva, su previsione di tale norma, con **il progettista per la fase di progettazione dell'opera e con il direttore dei lavori per la fase di esecuzione dell'opera.**

Nell'attuale formulazione dell'art. 89 del T.U., come modificata dall'art. 59 del D.lgs 106/09, il responsabile dei lavori è il soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal presente decreto.

Raffrontando le norme succedutesi nel tempo si comprende come il responsabile dei lavori abbia mutato volto e poteri conseguenti.

Nell'originaria fisionomia del decreto cantieri il responsabile dei lavori avrebbe potuto (e quindi dovuto, in caso di incarico) occuparsi dell'opera nella sua integralità: dalla progettazione, all'esecuzione, al controllo.

Nella formulazione originaria dell'art. 89 del T.U., invece, da un lato non gli era più demandabile la fase di esecuzione dell'opera dall'altro venivano positivizzate le categorie di soggetti (progettista e direttore dei lavori) che avrebbero dovuto ricoprire detto ruolo.

Nell'attuale formulazione del T.U., infine, da un lato il committente può attribuirgli l'integralità dei propri compiti, dall'altra è scomparsa la preventiva individuazione dei soggetti deputati ad assumere il ruolo di RdL.

Sono mutati, conseguentemente, anche gli effetti di tale nomina.

L'art. 6 del decreto cantieri prevedeva l'esonero del committente nei limiti dell'incarico conferito: non erano previsti, in via di esclusione, compiti nemmeno teoricamente non trasferibili.

L'art. 93 del T.U., nella sua formulazione originaria, riprendendo testualmente tale disposizione, aggiungeva tuttavia tale stringente limitazione: *“In ogni caso il conferimento dell'incarico al responsabile dei lavori non esonera il committente dalle responsabilità connesse alla verifica degli adempimenti degli obblighi di cui agli artt. 90, 92 comma 1, lettera e) e 99”*.

L'art. 93 del T.U., nell'attuale formulazione, a seguito dell'abrogazione di tale inciso ad opera dell'art. 62 del D.Lgs 106/09, riprende testualmente la formulazione del decreto cantieri.

Nella formulazione originaria dell'art. 93 del T.U., infatti, il committente non avrebbe comunque potuto spogliarsi dal dovere di **verifica** di adempimenti stringenti ed essenziali, in punto di sicurezza (appunto quelli di cui agli artt. 90, 92 comma 1 lettera e) e 99): tra gli altri rammentiamo il rispetto delle regole generali di tutela ex art. 15 nella fase di progettazione ed esecuzione dell'opera ed organizzazione del cantiere; la valutazione del PSC e del fascicolo della prevenzione ex allegato XVI.

Tale (non certo residuale) dovere di verifica in capo al committente, pur in capo di nomina del RdL, è scomparso; è sorprendente notare come l'art. 93 *pre e post* modifica, che parrebbe figlio di epoche, sensibilità e esigenze normative diverse, vede mutare radicalmente il proprio contenuto nell'arco di poco più di un anno.

In realtà tale correzione di rotta ha una sua logica ben precisa.

La dottrina era stata subito critica nei confronti dell'originaria formulazione dell'art. 89 del T.U.: da una parte il sistema non prevedeva che il committente fosse dotato di specifiche competenze tecniche, “adottando nei suoi confronti una sorta di presunzione di capacità ad affrontare quanto

necessario per la conduzione in sicurezza” dell’attività; dall’altra una responsabilità per le scelte tecniche progettuali, esecutive e di organizzazione.

Tale assetto normativo pareva contrastare “vistosamente sia con il principio di personalità della responsabilità penale” sia con quello di effettività costituente “emanazione del precetto costituzionale e informante l’intera materia della prevenzione” (Legeard, Gebbia, Il committente nel cantiere: possibile incostituzionalità sulla riforma degli obblighi?, In ASic, 2008, 14, 26).

L’abrogazione della seconda parte del primo comma dell’art. 93 del T.U. ha, quindi, posto rimedio ad una evidente antinomia del sistema.

Viene quindi confermato “il ribaltamento della prospettiva precedente, fondata sulla clausola di non esonero...la quale istituiva una responsabilità oggettiva del committente” (Bacchini, Obblighi di sicurezza e delega di funzioni tra committente e responsabile dei lavori, in IsL, 2009, 2, 73).

Rimane tuttavia aperto un tema di non poco momento.

Ci si chiede se l’incarico al RdL debba avere requisiti, formali e sostanziali, della delega di funzioni ex art. 16 del T.U. (Bacchini, 73), ovvero se sia sufficiente la semplice designazione del responsabile dei lavori (Pesci, la Prevenzione degli infortuni sul lavoro, in GM, 2009, 11, 2652).

La Suprema Corte di Cassazione ha, anche recentemente, sposato la prima tesi.

Si legge, in Cass. Pen., Sez. IV, 16 maggio 2013 n. 21059: *“Dall’analisi della norma, pertanto, deriva che alla nomina del responsabile dei lavori si deve imprescindibilmente accompagnare un atto di delega, con il quale si attribuiscono al predetto responsabile dei lavori poteri decisionali, cui sono connessi evidenti oneri di spesa, o, più in generale, la determinazione della sfera di competenza attribuitagli”*.

“Le condizioni affinché operi l’esonero di responsabilità per effetto della nomina del responsabile dei lavori non possono pertanto prescindere 1) dalla tempestività della nomina in relazione agli adempimenti in materia di sicurezza del lavoro da osservarsi, nonché 2) dalla specifica estensione della delega conferita al responsabile dei lavori ai predetti adempimenti” (cfr. Cass., Sez. 3, n. 7209/2007, R.v. 235882; Cass., Sez. 4, n. 23090/2008, R.v. 240377).

Sul punto si impone una riflessione.

L’art. 93 non richiama l’art. 16 del T.U., che peraltro riguarda la delega di funzioni da parte del datore di lavoro.

Orbene è evidente che la posizione formale e sostanziale del committente non può essere equiparata, già sul piano logico, a quella del datore di lavoro.

Il datore di lavoro sarà, almeno tendenzialmente, un soggetto che svolge in modo **non transeunte** (quindi con professionalità acquisita anche sul campo) un’attività potenzialmente rischiosa per i propri dipendenti e che, almeno potenzialmente, può svolgersi in varie unità produttive ed anche (si

pensi agli appaltatori) in unità produttive di terzi. Può avere un'organizzazione più o meno complessa, nonché la presenza di varie figure corresponsabili della sicurezza quali Dirigenti, preposti ecc.

Il datore di lavoro ha, quindi, esigenze peculiari che giustificano una disciplina specifica della delega di funzioni.

Il ruolo del committente, evidentemente, non gli è sovrapponibile.

Si può essere committenti anche una sola volta, senza avere una specifica professionalità, senza potersi formare sul campo.

Le esigenze sottese alla previsione di cui all'art. 16 del T.U. ben difficilmente potrebbero traslarsi sul committente che intendesse nominare un RdL.

Torniamo allora alla norma in commento: l'art. 93 del T.U. prevede l'esonero da responsabilità del committente **limitatamente all'incarico conferito** al responsabile dei lavori.

L'ampiezza della "delega" di poteri del RdL (ed il conseguente esonero di responsabilità del committente) dipende dall'incontro di volontà tra questi ed il primo: può esservi una delega totale di compiti (cosa che per il datore di lavoro, come noto, non è ammessa dall'art. 17 del T.U.) oppure una delega di uno o più poteri.

Il problema vero, quindi, non attiene tanto alla verifica se la nomina del responsabile dei lavori debba avvenire nei modi di cui all'art. 16 del T.U. ma consiste da un lato nella prova del conferimento dell'incarico e dall'altro, dei contenuti di tale incarico.

Una volta ammessa la delegabilità integrale dei propri compiti da parte del committente ed ipotizzando che nel concreto vi sia un RdL disponibile ad accollarsi l'intero rischio facente capo al primo, non dovrebbe suscitare particolari problemi l'esistenza di una nomina del responsabile dei lavori che preveda, semplicemente, la "cessione" integrale dei doveri del committente al RdL (a fronte, evidentemente, della parallela dotazione di idonei poteri di spesa).

Accedendo all'interpretazione proposta dovrebbe quindi ammettersi la possibilità di conferire un incarico (anche orale, ove si neghi applicazione dell'art. 16 del T.U.) di "semplice" nomina del RdL che, accettando tale incarico, vedrebbe quindi accentrati sulle proprie spalle tutti i doveri originariamente facenti capo al committente.

E' infatti interesse del RdL delimitare l'area ed il contenuto dei doveri assunti e, quindi, **limitare il proprio incarico**.

In assenza di una perimetrazione del proprio incarico, il RdL sarà chiamato a subentrare integralmente nella posizione originariamente facente capo al committente.

2.3.3 *Gli obblighi dell'impresa affidataria e dell'appaltatore*

Discutere di committente o responsabile dei lavori nell'ambito dei cantieri temporanei e mobili

significa necessariamente occuparsi di un caso di appalto.

L'art. 89 del T.U., nell'ambito del titolo (IV) deputato alla trattazione dei cantieri temporanei o mobili, ha infatti il compito di definire le figure previste in tale ambito:

è prevista, sulla scorta della lettera i), l'impresa affidataria, vale a dire l'impresa *“titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici o di lavoratori autonomi”*;

è prevista, sulla scorta della lettera i bis), l'impresa esecutrice, vale a dire l'impresa *“che esegue un'opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali”*.

Alcuni obblighi sono comuni alle imprese affidatarie ed a quelle esecutrici e sono previsti nell'art. 96 del T.U.

Altri sono propri dell'impresa esecutrice (95) o di quella affidataria (97).

L'obbligo fondamentale di osservanza delle misure generali di tutela di cui all'art. 15 del T.U., spetta all'impresa esecutrice ex art. 95 primo comma del T.U.

Ma l'impresa affidataria non ha compiti meramente passivi, tutt'altro.

Il datore di lavoro dell'impresa affidataria:

1) verifica le condizioni di sicurezza dei lavori affidati e l'applicazione delle disposizioni e delle prescrizioni del PSC (97 I° co.);

2) coordina gli interventi di cui agli artt. 95 e 96; significa che l'impresa affidataria ha compiti di coordinamento rispetto all'attuazione, da parte dell'impresa esecutrice, delle misure generali di prevenzione ex art. 15; significa altresì che l'affidataria ha compiti di coordinamento anche rispetto ai compiti concorrenti dell'impresa esecutrice ex art. 96.

3) da ultimo, ma non per ultimo, verifica la congruenza di piani operativi di sicurezza (POS) delle imprese esecutrici rispetto al proprio, prima della trasmissione dei suddetti piani operativi di sicurezza al coordinatore per l'esecuzione.

Tale disciplina normativa evidenzia come l'impresa affidataria abbia obblighi aggiuntivi a quelli del CSP e del CSE.

Steso il piano di sicurezza e coordinamento, l'impresa affidataria deve vigilare sulla sua attuazione e, conseguentemente, sulle condizioni di sicurezza del cantiere temporaneo o mobile nella sua complessità.

La dottrina ha correttamente osservato che ne deriva una diretta responsabilità dell'impresa affidataria, la quale deve fare in modo che l'intera attività di cantiere sia conforme a condizioni di sicurezza e, conseguentemente, alle previsioni del PSC (Rapuano, Le novità in tema di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, i Zoppoli, Pascucci Natullo, Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81, Milano, 2008, 543).

Sulla base della disciplina previgente, si è sostenuto che “in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l’obbligo di redigere il piano operativo di sicurezza grava su tutti i datori di lavoro delle imprese esecutrici e, pertanto, in caso di subappalto, anche su quello dell’impresa appaltatrice” (Cass. Pen., Sez. IV, 9.10.2008 n. 43111).

Anzi “in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in caso di subappalto, il subcommittente è sollevato dai relativi obblighi soltanto ove i lavori siano subappaltati per intero, cosicché non possa più esservi alcuna ingerenza da parte dello stesso nei confronti del subappaltatore (Cass. Pen. Sez. IV, 5.6.2008 n. 27965).

In tale contesto, quindi, l’art. 97 del T.U. ha il compito di rimarcare in modo chiaro le responsabilità dell’impresa affidataria, in virtù del relativo ruolo ed a prescindere dallo svolgimento di funzioni esecutive.

Proprio in virtù della sua posizione di appaltatrice, l’impresa affidataria è destinataria di obblighi derivanti da tale funzione, diversi ed aggiuntivi sia rispetto alle imprese esecutrici, sia, soprattutto, rispetto ai CSP ed al CSE.

Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di corresponsabilità del committente e dell’appaltatore

Alcune recenti sentenze della S.C. di Cassazione non sembrano lasciare molto scampo ai committenti.

Ne è un esempio, per l’assolutezza dei principi che si sono voluti affermare, la sentenza della Sez. IV, 16 maggio 2013 n. 21059:

“Sotto altro profilo, con particolare riguardo alle previsioni di cui al D.Lgs.494 del 1996, art. 6, comma 2, il committente è chiamato a verificare l’adempimento da parte dei coordinatori degli obblighi di assicurare e di verificare il rispetto, da parte delle imprese esecutori e dei lavoratori autonomi, delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento, nonché la corretta applicazione delle procedure di lavoro. Da ciò conseguendo che al committente è attribuito dalla legge un compito di verifica non meramente formale, bensì una posizione di garanzia particolarmente ampia, comprendente l’esecuzione di controlli sostanziali e incisivi su tutto quel che concerne i temi della prevenzione, della sicurezza del luogo di lavoro e della tutela della salute del lavoratore, accertando, inoltre, che i coordinatori adempiano agli obblighi sugli stessi incombenti in detta materia (Cass., Sez. 4, n. 14407/2011, R.v. 253294).

Anche in relazione al rapporto del committente con l’impresa appaltatrice (e ai relativi obblighi di rispetto delle prescrizioni di indole cautelare), vale sottolineare come, con riguardo alla posizione del C., la corte territoriale abbia del tutto correttamente fatto applicazione dei principi dettati da questa corte di legittimità, ai sensi dei quali, in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro,

mentre in capo al datore di lavoro incombe l'obbligo di predisporre le idonee misure di sicurezza, nonché quelli di impartire le direttive da seguire a tale scopo e di controllarne costantemente il rispetto da parte dei lavoratori (Cass., Sez. 4, n. 34747/2012, R.v. 253513), nel caso di prestazioni lavorative eseguite in attuazione di un contratto d'appalto, al committente è ascritta la piena corresponsabilità con l'appaltatore per le violazioni delle misure prevenzionali e protettive sulla base degli obblighi sullo stesso incombenti ai sensi di legge (Cass., Sez. 3, n. 1825/2008, R.v. 242345), con la conseguenza che la responsabilità dell'appaltatore non esclude quella del committente, da ritenersi corresponsabile unitamente al primo, qualora l'evento si ricolleggi causalmente ad una sua omissione colposa (Cass., Sez. 4, n. 37840/2009, R.v. 245275)".

Il caso riguardava il commissionamento di lavori di ristrutturazione di un capannone ove una società svolgeva la propria attività ma è evidente che la S.C. ha inteso sottolineare in via generale la pervasività dei compiti del committente.

In merito allo specifico profilo della responsabilità del committente nell'ambito dei cantieri temporanei o mobili si segnala **Cass., Sez. IV, 5 maggio 2014 n. 18459**: il caso è quello di una bambina che, entrata nell'area non recitata e non segnalata di un cantiere edile, decedeva a causa dello schiacciamento da parte di un cancello scorrevole di 250 kg, posto a chiusura dell'unico accesso carraio, che si era ribaltato,

“In particolare, non può negarsi che proprio l'inosservanza dell'obbligo di mettere in contatto l'impresa esecutrice dei lavori di installazione del cancello con il coordinatore per l'esecuzione dei lavori - nell'una e nell'altra direzione imposto al committente, come detto, rispettivamente dall'art. 3, comma 6, D.lgs. n. 494/96 e dall'art. 7, comma 2, D.lgs. n. 626 del 1994 (oggi art. 26, comma 2, D.lgs. n. 81 del 2008) - da un lato, abbia avuto significativa incidenza nella sequenza causale che ha condotto al tragico evento, come è possibile agevolmente cogliere, con giudizio controfattuale, ove si consideri che l'adempimento di un tale obbligo avrebbe potuto avere l'effetto di attivare e sollecitare l'uno e l'altro soggetto rispettivamente alla predisposizione di un piano operativo di sicurezza e al controllo della sua realizzazione e osservanza; dall'altro, ha indubbiamente reso particolarmente pregnante e cogente l'obbligo sussidiario di garanzia direttamente incombente sui committenti ai sensi del citato art. 6, comma 2, D.lgs. n. 494/96 in particolare per quel che riguarda la vigilanza sul coordinatore in ordine allo svolgimento dell'attività di coordinamento e controllo circa l'osservanza delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento”.

In punto di corresponsabilità del committente e dell'appaltatore, nonché della differenza tra il direttore dei lavori ed il responsabile dei lavori, si segnala **Cass., Sez. IV, 9 maggio 2013 n. 20125**: è il caso di un lavoratore morto in quanto colpito da una scarica elettrica mentre era intento alla

riparazione del solaio di una palazzina.

E' stato anche di recente ribadito (Cass, Sez IV, 7 dicembre 2011 n. 14407) che:

“Il D.Lgs. n. 494 del 1996, art. 6, comma 2, come sostituito dal D.Lgs. n. 528 del 1999, art. 6, prevede che "La designazione del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione, non esonera il committente o il responsabile dei lavori dalle responsabilità connesse alla verifica dell'adempimento degli obblighi di cui all'art. 4, comma 1, e art. 5, comma 1, lett. a)". Il legislatore, dunque, nella delicata materia della sicurezza dei cantieri e della tutela della salute dei lavoratori, ha ritenuto, oltre che di delineare specificamente gli obblighi del committente - che è il soggetto nel cui interesse sono eseguiti i lavori- e del responsabile dei lavori, anche di ampliarne il contenuto, prevedendo a carico degli stessi un obbligo di verifica dell'adempimento, da parte dei coordinatori, degli obblighi su loro incombenti, qual quello consistente, non solo nell'assicurare ma anche nel verificare il rispetto, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi, delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento, nonché la corretta applicazione delle procedure di lavoro. Al committente, dunque, specie se, come nel caso oggi in esame, rivesta anche il ruolo di responsabile dei lavori, non è attribuito dalla legge il compito di verifiche solo "formali", bensì di eseguire controlli sostanziali ed incisivi su tutto quanto riguarda i temi della prevenzione, della sicurezza del luogo di lavoro e della tutela della salute del lavoratore e di accertarsi, inoltre, che i coordinatori adempiano agli obblighi sugli stessi incombenti in tale materia. In altri termini, il legislatore, con la norma richiamata, ha inteso rafforzare la tutela dei lavoratori rispetto ai rischi cui essi sono esposti nell'esecuzione dei lavori, prevedendo, in capo ai committenti ed ai responsabili dei lavori, una posizione di garanzia particolarmente ampia dovendo essi, sia pure con modalità diverse rispetto a datori di lavoro, dirigenti e preposti, prendersi cura della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori, garantendo, in caso di inadempienza dei predetti soggetti, l'osservanza delle condizioni di sicurezza previste dalla legge”.

Non mancano, tuttavia, sentenze che puntualizzano come l'eventuale responsabilità del committente vada affermata solo dopo averne verificato il ruolo in concreto svolto nella singola fattispecie e, soprattutto, senza pretendere da tale figura un pressante dovere di vigilanza sull'appaltatore: è il caso affrontato da Cass. Pen. Sez. IV, 18 gennaio 2012 (dep. 30.1.2012) n. 3563.

L'imputazione atteneva ad un incidente verificatosi nel corso di un contratto di prestazione d'opera in un fabbricato di proprietà degli imputati, ove il lavoratore precipitava dall'alto della copertura di un fabbricato adibito a magazzino garage.

Questi i principi affermati dalla Suprema Corte:

“Con riferimento ai lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto o di prestazione d'opera, come nel caso in esame, è, pertanto vero, che il dovere di sicurezza è riferibile, oltre che al datore

di lavoro (di regola l'appaltatore, destinatario delle disposizioni antinfortunistiche), anche al committente, con conseguente possibilità, in caso di infortunio, di intrecci di responsabilità, coinvolgenti anche il committente medesimo.

E', però, altrettanto vero che tale principio non può essere applicato automaticamente, non potendo esigersi dal committente un controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori. In questa prospettiva, per fondare la responsabilità del committente, non si può prescindere da un attento esame della situazione fattuale, al fine di verificare quale sia stata, in concreto, l'effettiva incidenza della condotta del committente nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per l'esecuzione dei lavori. A tal fine, vanno considerati: la specificità dei lavori da eseguire (diverso, in particolare, è il caso in cui il committente dia in appalto lavori relativi ad un complesso aziendale di cui sia titolare, da quello dei lavori di ristrutturazione edilizia di un proprio immobile, come nel caso in esame); i criteri seguiti dal committente per la scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera (quale soggetto munito dei titoli di idoneità prescritti dalla legge e della capacità tecnica e professionale proporzionata al tipo di attività commissionata ed alle concrete modalità di espletamento della stessa); l'ingerenza del committente stesso nell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto o del contratto di prestazione d'opera; nonché, la percepibilità agevole ed immediata da parte del committente di eventuali situazioni di pericolo(v. in tal senso, Sezione IV, 8 aprile 2010,n. 15081; Cusmano ed altri, rv.247033) ”.

Interessante, sotto il profilo defensionale del committente, è la sentenza n. 36398 del 5 settembre 2013, Sez. IV: in primo ed in secondo grado erano stati condannati due proprietari di un immobile, che avevano dato in appalto ad una società in accomandita semplice i lavori di ristrutturazione del proprio bene, nel cui contesto un operaio dipendente decedeva a causa della caduta nel vuoto per mancanza di tavola ferma piede e idoneo parapetto sui ponteggi.

La Suprema Corte, annullando la sentenza di condanna d'appello, ha censurato il decisione di secondo grado, tra l'altro:

- 1) Per avere erroneamente ritenuto dovuta la nomina del Csp in assenza di più imprese ed in assenza, quindi, di rischio interferenziale;
- 2) Per avere erroneamente ritenuto come dovuta la nomina di un direttore dei lavori, figura sconosciuta al sistema prevenzionistico penale;
- 3) Per avere confuso il dovere di adozione di scelte progettuali più sicure (che compete al committente) con il dovere di adottare misure speciali “quali la dotazione dei ponteggi di tavole fermapiede e di parapetti”.

2.3.4 *A.T.I., associazione temporanea di imprese: inquadramento ed individuazione del titolare della posizione di garanzia*

Prima di affrontare lo specifico tema della rilevanza dell'A.T.I. nell'ambito dell'infortunistica penale sul lavoro, occorre necessariamente prendere le mosse dai riferimenti normativi che sono propri di tale figura, il cui ambito di applicazione primario è quello degli appalti pubblici.

Il raggruppamento temporaneo di imprese, detto anche associazione temporanea di imprese, è definito dall'**art. 3 comma 20 D.Lgs. n. 163/2006** (*il termine «raggruppamento temporaneo» designa un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta*) e rappresenta una forma di collaborazione temporanea fra le imprese in relazione alla partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico e, nel caso di aggiudicazione, per la successiva esecuzione del relativo contratto.

Si tratta pertanto di una partecipazione associata di più imprese ad una determinata gara d'appalto che persegue diverse finalità, quali la riduzione dei rischi d'impresa, il frazionamento dell'incidenza economica dell'operazione contrattuale, *il favor participationis*, ovvero sia la possibilità di partecipare ad una determinata gara anche per imprese medio-piccole o comunque imprese che non avrebbero né i mezzi, né i requisiti previsti dalla documentazione di gara garantendo una maggiore concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Le norme di riferimento, oltre al già citato art. 3 comma 20 del D.Lgs. n. 163/2006, sono **l'art. 34 e l'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice Appalti)**, nonché **l'art. 92 e l'art. 93 del D.p.r. 207/2010 (Regolamento Appalti)** che per comodità si trascrivono, per stralcio:

Art. 34 D.Lgs. 163/2006

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

Omissis

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

Art. 37 D.Lgs. 163/2006

1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.

2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

3. Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento.

4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

5. L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

6. Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'[articolo 40](#), sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente, ovvero alle categorie scorporate, possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Omissis

11. Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo (3).

Omissis

14. Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario.

15. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.

Omissis

16. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

17. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto (7).

19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire (8).

Art. 92 D.p.r. 207/2010

Omissis

2. Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate (1).

3. Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice, ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo verticale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

Art. 93 D.p.r. 207/2010

1. I concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori, dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del libro V del titolo V, capi 3 e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori.

2. La società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice.

3. Il subentro ha effetto dalla data di notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante, e subordinatamente alla iscrizione della società nel registro delle imprese.

4. Tutti i concorrenti riuniti devono far parte della società nella medesima percentuale di appartenenza al raggruppamento.

Per comprendere, quindi, come si atteggi la responsabilità penale delle A.T.I. in tema di infortunistica sul lavoro, occorre partire dal loro corretto inquadramento nei rapporti con la P.A.

Sotto il profilo della soggettività l'A.T.I. non costituisce un nuovo soggetto giuridico, distinto e autonomo rispetto alle singole imprese che la compongono.

Tale raggruppamento costituisce infatti uno strumento temporaneo, occasionale, collegato alla partecipazione ad una determinata gara d'appalto e non da' vita ad una entità giuridica autonoma.

Il raggruppamento è infatti fondato su un contratto di mandato che viene conferito ad un concorrente, detto capogruppo- mandatario, da parte degli altri concorrenti, detti mandatori. Si tratta di un mandato che deve essere stipulato in forma scritta *ad substantiam*, collettivo (viene infatti conferito dai mandanti con un unico atto per un affare di interesse comune), *in rem propriam*, speciale, gratuito ed irrevocabile.

Tramite il mandato e la procura conferita al legale rappresentante dell'impresa mandataria, le mandanti attribuiscono all'impresa capogruppo il potere di concorrere alla gara in nome e per conto delle imprese parti del raggruppamento. L'impresa capogruppo acquista pertanto la rappresentanza esclusiva e piena, anche sotto il profilo processuale, delle imprese mandanti verso la stazione appaltante nella fase di gara, nella sottoscrizione del contratto, nell'esecuzione del contratto fino all'estinzione del rapporto contrattuale.

Tale esclusività della rappresentanza non è reciproca, nel senso che sussiste fra il raggruppamento e la stazione appaltante, ma non viceversa: la stazione appaltante infatti può far valere la responsabilità nei confronti della singola impresa mandante.

È importante inoltre sottolineare che, per effetto del mandato con rappresentanza, la capogruppo mandataria acquista il potere di rappresentanza esclusiva solo e soltanto nei confronti della stazione appaltante e con riferimento ad atti, rapporti ed operazioni connesse e dipendenti dal contratto d'appalto e non invece verso terzi e per operazioni estranee all'appalto. La capogruppo nell'ambito descritto può compiere atti che avranno efficacia direttamente nei confronti delle imprese mandanti nei rapporti con la stazione appaltante.

Per quanto riguarda la configurazione i raggruppamenti si distinguono in verticali, orizzontali e misti.

Si parla di raggruppamento verticale per indicare la riunione di più imprese per la partecipazione ad appalti di carattere complesso caratterizzati da più categorie di lavori o da distinte prestazioni da eseguire in cui un'impresa, detta capogruppo, svolge i lavori della categoria prevalente e le altre imprese, dette mandanti, eseguono i lavori delle categorie definite scorporabili con riferimento agli appalti di lavori o in cui la mandataria esegue la prestazione indicata come principale e le mandanti le prestazioni cosiddette secondarie per gli appalti di servizi e di forniture. La suddivisione è pertanto di carattere qualitativo: ciascuna impresa esegue una specifica categoria di lavori o una determinata prestazione.

Ciascuna impresa deve inoltre possedere i requisiti tecnici e professionali inerenti la prestazione di competenza.

In questo tipo di raggruppamenti la capogruppo mandataria risponde nei confronti della stazione appaltante per la prestazione di propria competenza, nonché solidalmente per le prestazioni,

scorporabili o secondarie, a cui sono tenute le mandanti. La capogruppo è quindi responsabile nei confronti della stazione appaltante dell'esecuzione dell'intero appalto, mentre le mandanti rispondono limitatamente all'esecuzione della propria prestazione.

Il raggruppamento orizzontale è la riunione di più imprese volte alla realizzazione congiunta di un'opera, di un servizio, di una fornitura caratterizzati dall'omogeneità. Le imprese presentano le medesime competenze al fine di poter eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, distinguendosi sotto il profilo quantitativo del lavoro da eseguire.

Negli appalti di lavori si tratta della riunione di imprese volte a realizzare lavori afferenti alla medesima categoria; negli appalti di servizi e di forniture di imprese che realizzano la medesima prestazione. Assume il ruolo di mandataria l'impresa che possiede i requisiti prescritti dalla documentazione di gara in misura maggioritaria.

Sotto il profilo della responsabilità nei confronti della stazione appaltante, dato che la suddivisione delle prestazioni è meramente quantitativa, ciascuna delle imprese risponde tanto per la quota di propria competenza, quanto per l'inadempimento di una delle imprese raggruppate.

L'A.T.I. mista si caratterizza per la combinazione fra i modelli di A.T.I. verticale e di A.T.I. orizzontale. Si tratta di raggruppamento di imprese sostanzialmente verticali con la costituzione di sub-associazioni orizzontali per l'esecuzione della categoria prevalente o delle categorie scorporabili. Sotto il profilo della responsabilità si applica il regime previsto tanto per l'A.T.I. verticale, quanto per l'A.T.I. orizzontale per la compresenza delle due tipologie di raggruppamento.

Fatta tale doverosa premessa, osserviamo che il T.U. 81/08 si è premurato di individuare, nell'ambito dei consorzi di imprese, quale sia l'impresa *affidataria* (art. 89 lett. i), così definita: *“Nel caso in cui titolare del contratto di appalto sia un consorzio tra imprese che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati, anche privo di personale deputato alla esecuzione dei lavori, l'impresa affidataria è l'impresa consorziata assegnataria dei lavori oggetto del contratto di appalto individuata dal consorzio nell'atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente o, in caso di pluralità di imprese consorziate assegnatarie di lavori, quella indicata nell'atto di assegnazione dei lavori come affidataria, sempre che abbia espressamente accettato tale individuazione”*.

Il T.U., viceversa, nulla dice in merito all'individuazione dell'impresa esecutrice nell'ambito delle A.T.I.

Sappiamo però che in *subjecta materia* – e non solo- vale il principio di effettività; la giurisprudenza l'ha sempre affermato (Cass. 36398/13) ed ora il principio è trasfuso nell'art. 299 del T.U. che così recita: “ le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2, comma 1, lettere b), d) ed e)

gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetto ivi definiti”

Considerato che impresa *esecutrice* è (a mente dell’art. 89 lett. l) l’impresa che esegue un’opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali e tenute a mente le possibili strutture delle A.T.I. (verticali, orizzontali e miste), la posizione di garanzia (quale esecutrice) verrà assunta dall’impresa che, di volta in volta, si starà occupando della specifica lavorazione nel cui contesto si è verificato l’infortunio.

Ferma restando la piena operatività del principio di cui all’art. 113 del codice penale e la possibile individuazione di più imprese (co)garanti, laddove l’evento lesivo od infausto maturi e si verifichi nella concreta sussistenza (non già, genericamente, di un rischio interferenziale) di un’interferenza di lavorazioni. [Giovanni Coli – Damiano Beda]

III.

IL GARANTE COME GESTORE DEL RISCHIO CONCRETO E LA COOPERAZIONE COLPOSA EX ART. 113 C.P.: LA SENTENZA DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE C.D. “THYSSENKRUPP” N. 38343/2014

La constatazione della (ben e frequente) possibile compresenza (e correlativa imputazione penale ex art. 113 c.p.) di più posizioni di garanzia nell’ambito del medesimo cantiere rende pressante, in ossequio al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale sancito dall’art. 27 della nostra Carta, l’esigenza di individuare rigorosi criteri atti all’individuazione di chi sia, in relazione al concreto evento verificatosi, l’effettivo garante del bene tutelato.

Problema che si intreccia ma non si sovrappone alla tematica della ricorrenza di una fattispecie di cooperazione colposa ex art. 113 c.p.

Entrambi tali profili (pur non fondanti l’esigenza di intervento della Corte nella sua allargata composizione) sono stati affrontati dalla sentenza a Sezioni Unite in commento; detto arresto, sicuramente noto per la delicata tematica del discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente, offre tuttavia spunti di riflessione e chiarimento molto ampi sia in tema di responsabilità penale nell’ambito degli infortuni sul lavoro sia, più in generale, in tema di responsabilità colposa *tout court*.

La sentenza traccia in maniera estremamente lucida il percorso probatorio e logico che il giurista è chiamato a percorrere al fine di individuare la sussistenza di una posizione di garanzia nel caso concreto.

Le posizioni di garanzia possono essere originarie (Datore di lavoro, Dirigente, Preposto) ovvero derivate, laddove vi sia una delega di funzioni: questo il punto di partenza da cui muove la sentenza,

che ha cura di rimarcare come, molto spesso, nelle aule di giustizia e nelle sentenze di merito si dimentichi (con negative ricadute teoriche e pratiche) come Dirigente e preposto siano garanti originari *ex lege* del bene salute dei lavoratori indipendentemente da una delega di funzioni.

Il datore di lavoro è il soggetto che “ha la responsabilità dell’organizzazione dell’azienda o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”

Il Dirigente “costituisce il livello di responsabilità intermedio: è colui che attua le direttive del datore di lavoro, organizzando l’attività lavorativa e vigilando su di essa...è tenuto a **cooperare** (ns sottolineatura) con il datore di lavoro...”

Il preposto “è colui che sovrintende alle attività, attua le direttive ricevute controllandone l’esecuzione..”

In relazione a tali ultime due figure occorre avere bene a mente sia i poteri gerarchici e funzionali che costituiscono la base ed il relativo limite della responsabilità, sia il ruolo di vigilanza e controllo che a tali figure fa capo.

La sentenza chiarisce che si tratta di soggetti la cui sfera di responsabilità è conformata sui poteri **di gestione e controllo di cui concretamente dispongono**.

E’ quindi ben possibile che, in realtà di una qualche complessità, vi siano diverse persone, con diverse competenze, chiamate a ricoprire i ruoli in questione.

Diviene quindi necessario, al fine di individuare la responsabilità penale (e, quindi, l’effettivo garante), analizzare accuratamente le diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all’interno di ciascuna istituzione.

Sintetizzando, quindi, è onere del processo, e quindi del Giudice, non solo rilevare le categorie giuridiche, i modelli di agente, ma soprattutto **“i concreti ruoli esercitati da ciascuno. Si tratta, prosegue la sentenza, di una ricognizione essenziale per un’imputazione che voglia essere personalizzata”**.

Imputazione che **debba** essere personalizzata, ci permetteremmo di aggiungere e precisare.

Al fine di fornire ulteriori spunti teorici e pratici per l’individuazione delle singole posizioni di garanzia, la S.C evidenzia come il garante sia, nella sua dimensione ontologica, il gestore di un rischio.

Rispetto all’ampia tematica del rischio, la causalità condizionalistica è indifferente al rilievo **qualitativo** delle singole condizioni, che sono tutte per definizione equivalenti; di talché è necessario “arginare l’eccessiva forza espansiva dell’imputazione del fatto determinata dal condizionalismo”.

A tale delicato problema tentano di dare soluzione, come noto, le teorie della causalità adeguata, della causalità umana, della causalità efficiente, del rischio.

La visione prospettica delle Sezioni Unite, funzionale all'individuazione del "garante", disvela un diverso punto di osservazione e di risoluzione della tematica.

Il contesto della sicurezza ha quale suo nucleo essenziale la centralità dell'idea del rischio: il sistema si regge sull'esigenza di governare l'esponenziale rischio cui sono sottoposti i lavoratori.

La categoria del rischio, tuttavia, non è unica ma si diversifica in relazione alle singole attività lavorative; esistono, quindi, diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare.

In molti casi "occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto **gestore del rischio. Allora si può dire, in breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio**".

Analizziamo, entrando in media res, la chiave di lettura offerta dal supremo consesso.

L'esigenza di delimitazione delle sfere di responsabilità è "tanto intensamente connessa all'essere stesso del diritto penale quale scienza del giudizio di responsabilità, che si è fatta strada nella giurisprudenza, attraverso lo strumento normativo costituito dall'art. 41 cpv. cod. pen. Infatti, **la diversità dei rischi interrompe, per meglio dire separa le sfere di responsabilità**".

Gli esempi (tratti da altrettante sentenze diffusamente riportate in parte motiva) di interruzione del nesso causale (ed estraneità dal rischio) concretamente richiamati dalla sentenza sono quelli dell'introduzione notturna del lavoratore, così infortunatosi, nel cantiere irregolare nonché quello di un gruista che, per sbloccare la frizione difettosa del mezzo, aveva tentato una manovra manuale sdraiandosi sotto il mezzo lasciato con il motore acceso, che ebbe così a travolgerlo.

Le Sezioni Unite condividono, quindi, espressamente, la tendenza giurisprudenziale a considerare interruttiva del nesso di condizionamento la condotta abnorme del lavoratore quando essa si collochi al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso; tale comportamento è "**interruttivo non perché eccezionale ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare**".

Tale eccentricità potrà (non in via di necessità) rendere, in certi casi, statisticamente eccezionale il comportamento del lavoratore ma tale evenienza non è coesistente al ragionamento sull'interruzione del nesso causale e non costituisce la reale giustificazione dell'esclusione dell'imputazione oggettiva dell'evento.

In tale visione prospettica del rischio, del suo governo, e dell'interruzione del nesso causale, la Suprema Corte così individua, in via di sintesi, lo strumento probatorio per individuare il titolare della posizione di garanzia: "riconosciuta la sfera di rischio come area che designa l'ambito in cui si esplica l'obbligo di governare le situazioni pericolose che conforma l'obbligo del garante, ne

discende la necessità di individuare **concretamente la figura istituzionale** che può essere razionalmente chiamata a governare il rischio medesimo e **la persona fisica** che incarna **concretamente** quel ruolo”.

Le sezioni unite mettono tuttavia in guardia dall'errore, definito ingenuo, di ritenere che le sfere di responsabilità possano essere sempre definite e separate con un rigida linea di confine: in tal modo offrendo lo spunto per occuparci dell'ulteriore e delicato tema, successivamente affrontato in altri passi della sentenza, della cooperazione ex art. 113 c.p.

Orbene detta norma, intitolata “Cooperazione nel delitto colposo”, così regola questa peculiare fattispecie: “Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso”.

E' noto che tale figura va tenuta distinta dal ben diverso istituto del concorso di fattori colposi indipendenti; non fosse altro perché, sul piano pratico, laddove ci si trovi in presenza di concorso di cause indipendenti non sarà applicabile né l'attenuante della minima partecipazione al fatto (Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2012 n 11439) né l'effetto estensivo della querela ex art. 123 c.p. (Cass., Sez. IV, 23 dicembre 2009 n. 3584).

I profili problematici della cooperazione colposa ex art. 113 c.p. si sviluppano, come noto, sia sul fronte del contributo causale del singolo concorrente sia sul ben più delicato tema del coefficiente soggettivo che caratterizza la cooperazione medesima.

Secondo la dottrina tradizionale, la tematica della “rilevanza causale della condotta di partecipazione...non presenta...profili peculiari nell'ambito della cooperazione colposa” (Cognetta, La cooperazione nel delitto colposo R. It. Dpp. 1980, p. 85), riproponendosi così le teorie ed i contrasti noti in punto di concorso doloso.

In giurisprudenza non si rinvencono significativi spunti sul tema sino alla sentenza della IV sezione penale, 2 dicembre 2008 n. 1786, cui peraltro le sezioni unite in commento dichiarano espressamente di ispirarsi.

Secondo la sentenza n. 1786/2008 “mentre la condotta tipica dà luogo alla violazione della regola cautelare eziologica, quella del partecipe si connota per essere pericolosa in una guisa ancora indeterminata”.

Il tema non è di poco momento.

La dottrina tradizionale è infatti divisa in due filoni.

Il primo, secondo cui l'art. 113 c.p. ha una mera funzione di modulazione di disciplina, nell'ambito di situazioni in cui già si configura la responsabilità colpevole sulla base dei principi generali in tema di imputazione oggettiva e soggettiva: tale opzione ermeneutica ha come faro la chiara e

fondata preoccupazione di arginare applicazioni estensive che si pongano in frizione con il principio di colpevolezza.

Il secondo, per converso, ritiene che la disciplina della cooperazione eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte.

Diciamo subito che le sezioni unite, peraltro con argomenti almeno in parte non del tutto convincenti né troppo sviluppati, aderiscono a tale secondo orientamento.

L'opzione ermeneutica prescelta dalle sezioni unite viene in primo luogo giustificata sulla scorta delle finalità perseguite dal legislatore, che avrebbe voluto troncare le dispute in allora esistenti sulla possibilità di configurare fattispecie di concorso anche nell'ambito dei reati colposi; ci si permette di osservare che l'argomento, di per sé, non appare idoneo a dimostrare incontrovertibilmente che tutte le regole ermeneutiche sottese all'applicazione dell'art. 110 c.p. possano essere *sic et simpliciter* traslate sul diverso istituto di cui all'art. 113 c.p.

Il secondo argomento fatto proprio dalla Corte risiede in un ritenuto "sicuro conforto" nella disciplina di cui all'art. 113 secondo comma c.p. e 114 c.p., che prevedono, nell'ambito della cooperazione, rispettivamente, (per come sintetizzate dalla stessa Corte), "l'aggravamento per il soggetto che abbia assunto un ruolo preponderante e, simmetricamente, la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza".

Ci si permette di osservare che si tratta di fattispecie che non appaiono simmetriche: l'art. 113 secondo comma, occupandosi della fattispecie di "determinazione" di altri nella cooperazione nel delitto colposo, opera sul piano della pulsione, seppur colposa, criminale: colpisce più pesantemente il reo soggettivamente ideatore e motore della cooperazione colposa, indipendentemente dall'effettivo ruolo svolto nel concreto determinismo causale.

L'art. 114 c.p., viceversa, muove da una ben diversa visione prospettica che è proprio quella del concreto apporto causale nella preparazione o esecuzione del reato.

Ad ogni buon conto occorre prendere atto che l'adesione delle sezioni unite ad un'interpretazione dell'art. 113 c.p. in chiave estensiva dell'incriminazione è (seppur attraverso i due soli argomenti non del tutto convincenti testè esposti), netta.

Viene quindi sposata, implicitamente, quella linea ermeneutica giurisprudenziale sulla scorta della quale sono punibili tutte le condotte agevolatrici, atipiche, anche "incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte" (Cass., Sez. IV, 12.2.2013 n. 16978).

Di non minore spessore è il secondo profilo problematico sotteso alla cooperazione colposa: vale a dire il profilo *cd* del coefficiente soggettivo della cooperazione.

Secondo la dottrina tradizionale il concorso colposo si caratterizza per l'esistenza di un legame psicologico tra i concorrenti, ciascuno dei quali deve avere la coscienza di accedere ad un'azione altrui, senza che tale consapevolezza investa la realizzazione dell'intero fatto criminoso e, in particolare, nei reati causalmente orientati, l'evento (Bettiol, Sul concorso di più persone nei delitti colposi. Scritti giuridici, 1966); ed alcuni autori, in quest'ambito, affermano che occorre, altresì, la rappresentazione del carattere colposo dell'altrui azione (Latagliata, I principi del concorso di persone nel reato, Napoli, 1964).

La dottrina più recente, muovendo dalla constatazione del carattere normativo dell'illecito colposo, osserva come il dato psicologico di carattere naturalistico, costituito dalla rappresentazione dell'altrui condotta concorrente, non appare in grado di spiegare per quale motivo un soggetto dovrebbe rispondere a titolo di colpa del fatto realizzato da altri (Severino Di Benedetto, La cooperazione nel delitto colposo, Milano 1988).

Ecco, quindi, che gli aderenti a tale ultima tesi richiedono qualcosa di più; la consapevolezza dell'altrui condotta deve aggiungersi e non sostituirsi al dato della violazione della regola cautelare da parte del "cooperante": ciascun concorrente deve rappresentarsi l'altrui condotta ed essere, a sua volta, in colpa (Fiandaca Musco, PG 577; Mantovani PG 529).

Le Sezioni Unite hanno ben presente pregi e difetti di tali teorie.

La tesi della mera consapevolezza dell'altrui condotta "sembra implicare il rischio di creare un'indiscriminata estensione dell'imputazione". D'altra parte richiedere la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui comportamento "reca il rischio opposto di svuotare la norma e di renderla inutile".

Secondo la sentenza in esame l'importanza del tratto psicologico (la consapevolezza) è stata spesso enfatizzata.

Le corrette preoccupazioni di eccessiva estensione della responsabilità penale debbono infatti trovare il loro doveroso antidoto, spiega la Corte, nella rigorosa individuazione, sul piano fenomenico, delle condotte che si pongono tra loro in cooperazione.

Occorre **"che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative, connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza"**.

In tali situazioni l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche.

In dette ipotesi ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui: **“si genera così un legame ed un’integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell’azione ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti, coinvolti nel contesto.**

Tale pretesa di integrazione prudente individua il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione”.

La Corte, muovendo appunto dal rilievo di eccessiva enfattizzazione del problema, non prende posizione espressa rispetto all’una ovvero all’altra impostazione.

L’applicazione del criterio appena riferito, tuttavia, involgendo una **integrazione prudente di condotte** evoca di per sé l’esigenza di un comportamento del cooperante diligente, prudente e perito; il cooperante è in colpa e risponde penalmente dell’illecito perché ha ommesso di parametrare responsabilmente il proprio agire rispetto all’agire altrui, e viceversa.

A ben vedere, quindi, secondo l’impostazione della Corte, è lo stesso art. 113 c.p. a delineare una regola cautelare per l’ipotesi in cui più condotte si integrino tra di loro per il raggiungimento di un medesimo scopo.

Ciascun cooperante, conscio di dare corpo ad una condotta che si inserisce in un più ampio contesto causale, ha l’onere di inserire prudentemente il proprio agire nell’ambito delle attività funzionali al raggiungimento dello scopo comune.

Se in quest’ambito non si coordina e non coopera diligentemente e con prudenza con gli altri collaboranti, risponde penalmente dell’illecito penale derivatone pur laddove l’ultima anello della catena causale ed anche lo stesso fatto tipico colposo facciano capo ad altro soggetto.

Questo approccio ermeneutico della corte aggiunge e non sottrae, quindi, una regola cautelare anticipando sul piano logico e cronologico la soglia dell’addebito colposo.

L’orientamento più garantista sopra ricordato sostiene infatti che il cooperante vada censurato penalmente solo laddove egli abbia la consapevolezza della violazione della regola cautelare da parte dell’ulteriore (i) agente (i): si tratta, quindi, di un orientamento che appare in linea con il noto principio dell’affidamento.

La Corte, per converso, memore dei rigorosi principi affermati in tema di responsabilità colposa del medico chirurgo di equipe, anticipa la soglia di punibilità dell’agente: egli è in colpa, e risponde penalmente dell’evento, per non essersi prudentemente integrato con gli altri soggetti agenti, per non avere prudentemente cooperato con loro.

L’addebito, fondante la responsabilità ex art. 113 c.p., sembra quindi collocarsi a monte della violazione della regola cautelare, tipizzata o generica, fondante la responsabilità dell’ulteriore cooperante.

Ed infatti l'evocato principio di integrazione prudente delle condotte serve appunto per prevenire ed evitare l'evento dannoso, senza che occorra, quindi, indefettibilmente, la successiva consapevolezza dell'altrui (effettiva) violazione della regola cautelare.

Per espressa e corretta ammissione delle stesse sezioni unite, l'istituto trova applicazione "elettiva" nelle situazioni complesse dal punto di vista fattuale od organizzativo che vedono il coinvolgimento di diversi soggetti: in particolare nei casi in cui i processi decisionali godono del contributo di diversi livelli di potere, di diversificati ruoli, di distinte competenze.

Tale principio, assolutamente condivisibile, era evidentemente funzionale all'applicazione dell'art. 113 c.p. alla specifica fattispecie sottoposta all'esame della suprema corte, caratterizzata da un intreccio, non facilmente districabile, di ruoli e deleghe all'interno di una grossa società.

Ci si permette di aggiungere come l'ulteriore terreno elettivo dell'istituto in disamina sia quello del rischio interferenziale tra lavorazioni; è coesistente alla stessa gestione di detto rischio che le lavorazioni non debbano rappresentare, l'una rispetto all'altra, fattori causali indipendenti di rischio all'interno del medesimo cantiere.

E' quindi doveroso il coordinamento tra le varie lavorazioni con la conseguenza che i diversi garanti delle imprese saranno appunto tenuti a coordinarsi tra loro e con il CSE, **cooperando** tra loro nella corretta gestione del rischio: pena la concorrente ricaduta penale ex art. 113 c.p. in caso di evento avverso al lavoratore. [Giovanni Coli – Damiano Beda]

IV.

LA DELEGA DI FUNZIONI E LA RIPARTIZIONE DELLE RESPONSABILITA'

4.1 Il previgente D.Lgs. 81/2008 e l'evoluzione normativa dell'art. 16 alla luce del D.Lgs. 106/2009

Anzitutto è opportuno richiamare il testo normativo (art. 16 T.U. 81/2008) sia nella versione ante 2009 sia in quella vigente, introdotta con D.Lgs. 106/2009:

<p>Art. 16. Delega di funzioni In vigore dal 15 maggio 2008 Testo precedente le modifiche apportate dal D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106.</p> <p>1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:</p> <ul style="list-style-type: none">a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;	<p>Art. 16. Delega di funzioni In vigore dal 20 agosto 2009</p> <p>1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:</p> <ul style="list-style-type: none">a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
--	---

<p>e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto. 2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità. 3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.</p>	<p>e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto. 2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità. 3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all' articolo 30, comma 4. (1) 3-bis. Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate. (2)</p> <hr/> <p>(1) Comma così modificato dall'art. 12, comma 1, D. Lgs. 3 agosto 2009, n. 106. (2) Comma aggiunto dall'art. 12, comma 2, D. Lgs. 3 agosto 2009, n. 106.</p>
--	--

La delega di funzioni in generale negli anni ha assunto contorni sempre più precisi, disegnati mano a mano dalla giurisprudenza di legittimità, che ne ha tratteggiato le linee portanti.

Per tutte si cita la sentenza Cassazione, V Sezione Penale, 22.11.2006, n. 38425, che ha affermato che lo *“atto di delega deve essere espresso, inequivoco e certo e deve investire persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, che abbia accettato lo specifico incarico, fermo comunque l'obbligo per il datore di lavoro di vigilare e di controllare che il delegato usi, poi, concretamente la delega, secondo quanto la legge prescrive (di recente, in termini, v. Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2005, Cuccu; nonché Cass., Sez. IV, 1° aprile 2004, Rinaudo ed altro)”*.

A ciò s'aggiunga che l'autonomia del delegato si *“misura”* anche con l'autonomia di spesa dello stesso; Cassazione, Sez. IV penale, (ud. 06-12-2007) 08-02-2008, n. 6277, infatti, ha riconfermato che *“ampi ed autonomi poteri di spesa ed organizzativi in materia di prevenzione degli infortuni, (sono, ndr) ritenuti indispensabili ai fini dell'esonero da responsabilità del datore di lavoro”*.

La situazione ante D. Lgs. 81/2008 era, peraltro, consolidata, anche in tema di assenza di deleghe formali, così come espresso anche da Cassazione, Sez. IV penale, 20.12.2007, n. 47173: *“il sistema prevede che il datore possa delegare ad altri alcune delle funzioni che attengono alla sua sfera di responsabilità (D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 1, comma 4 quater); ma non richiede che i distinti soggetti legalmente individuati, il dirigente ed il preposto, debbano essere muniti di una delega ad hoc perché assumano la responsabilità che la legge demanda loro. Tale sfera di responsabilità, lo*

si ribadisce, è conformata sul ruolo istituzionale svolto, come emerge dal lessico del richiamato D. Lgs. n. 626 del 1994, art. 1, comma 4 bis: "nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, i dirigenti ed i preposti che dirigono o sovrintendono le stesse attività sono tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente decreto". Tale disciplina, del resto, si limita a ribadire e chiarire il ruolo di garanzia, per certi versi autonomo, che già il D.P.R. n. 547 del 1955, art. 4 attribuiva a tali soggetti".

All'epoca, anche in ambito più generale rispetto alla materia infortunistica, si ammetteva in presenza di determinate condizioni (impresa di ampie dimensioni, organizzata) la cosiddetta "delega di fatto", orientamento oggi saggiamente riaffermatosi da parte della S.C. (cfr. in tempi recentissimi Cass., sez. IV pen., 26.6-29.7.2014, n. 33417).

La lettera della norma, con l'introduzione nel 2009 del comma 3 bis all'art. 16 del T.U., dà conto dell'impossibilità precedentemente e dell'attuale opportunità per il delegato di delegare a sua volta le funzioni a sé delegate dal datore.

Anche il comma 3 del T.U., tuttavia, a seguito della modifica del 2009, impone quale unico strumento di vigilanza l'adozione dei modelli di cui al D. Lgs. 231/2001 (e non più come eventuale mezzo di vigilanza tra i tanti indefiniti).

Chiarissima anche la volontà del legislatore di vietare sub-deleghe ulteriori.

4.2 *Tratti e requisiti essenziali della delega di funzioni*

L'istituto di matrice essenzialmente giurisprudenziale della delega di funzioni, che nella previgente l. 626/1994 poteva solo implicitamente dedursi *a contrariis* dal dettato dell'art. 1, comma 4-ter¹⁴, ha trovato dunque espresso riconoscimento normativo all'art. 16 del d.lgs. 81/2008 e successive modificazioni.

In linea con gli obiettivi di efficienza degli attuali assetti aziendali, il Legislatore accoglie e sancisce al primo comma del predetto articolo il principio di generale delegabilità delle funzioni datoriali, in virtù del quale la facoltà del datore di lavoro di trasferire in capo a terzi compiti e funzioni inerenti alla gestione dei propri obblighi organizzativi e prevenzionistici, offre allo stesso la possibilità di coadiuvarsi di soggetti qualificati, idonei talora a supplire lacune determinate dalla carenza di specifiche conoscenze tecniche, e di alleggerire il carico dei propri obblighi ed oneri, assurgendo così a vero e proprio strumento di organizzazione imprenditoriale.

¹⁴ L'originario testo della l. 626/1994 non contemplava l'istituto della delega di funzioni; un primo implicito riferimento allo stesso venne introdotto, per l'appunto, con il d.lgs. 19 marzo 1996 n. 242 che interveniva sull'art. 1 della l. 626/1994 aggiungendo allo stesso il seguente comma 4-ter: "Nell'ambito degli adempimenti previsti dal presente decreto, il datore di lavoro non può delegare quelli previsti dall'articolo 4, commi 1, 2, 4, lettera a), e 11, primo periodo".

L'ambito applicativo di siffatto principio generale viene anzitutto circoscritto attraverso l'indicazione tassativa delle funzioni indelegabili da parte del datore di lavoro, al fine di porre un marcato limite alla trasferibilità degli obblighi datoriali in materia prevenzionistica e antinfortunistica; siffatte eccezioni, di cui all'art. 17 del medesimo decreto, sono individuate nella valutazione relativa a tutti i rischi connessi all'attività di impresa¹⁵ e nella redazione del relativo Documento¹⁶, nonché nella designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi¹⁷.

Il Legislatore non esplicita cosa debba puntualmente intendersi per "delega di funzioni", tuttavia, sotto il profilo della natura giuridica, può pacificamente riconoscersi come essa presenti i caratteri di un atto negoziale, bilaterale e costitutivo in capo al delegato di una vera e propria sfera funzionale.

Espressa, puntuale e tassativa, invece, la previsione normativa dei requisiti essenziali dell'istituto *de quo*, sia formali che sostanziali, allineata con la giurisprudenza più formalista pronunciata sulle modalità di esteriorizzazione della delega di funzioni, attenta nel voler prevenire difficoltà probatorie in relazione alla validità delle deleghe.

Alla lettera *a*) del primo comma dell'art. 16 si rinviene un primo duplice requisito dell'atto di delega, consistente nella richiesta di forma scritta, *ad substantiam*, e di data certa.

Come ribadito dai Giudici di merito in diverse recenti sentenze, è anzitutto esclusa la possibilità di conferimenti orali, ed altresì l'interpretare la richiesta di forma scritta come *ad probationem*; si legge nella seguente pronuncia che "*L'atto di delega, come poi espressamente sancito dall'art. 16 del D.lgs. 81/2008 (che ha recepito buona parte degli orientamenti giurisprudenziali di questa Corte di legittimità), deve risultare da atto scritto avente data certa onde poter verificare l'effettività della nomina e dello svolgimento delle funzioni conferite anteriormente al verificarsi dell'infortunio*"¹⁸, e ancora: "*Gli obblighi di cui è titolare il datore di lavoro possono essere trasferiti ad altri sulla base di una delega che deve però essere espressa, inequivoca e certa, non*

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. q) del D.Lgs. n. 81/2008 la valutazione dei rischi è la 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; ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2008, la valutazione dei rischi anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'Accordo Europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal D.Lgs 151/2001, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.

¹⁶ Cfr. D.lgs 81/2008, art. 28 ss.

¹⁷ Cfr. D.lgs 81/2008, art. 31 ss.

¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 1.4.2014, n. 15028.

potendo la stessa essere invece implicitamente presunta nella ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa"¹⁹.

Segue, alla lettera *b)*, l'imposizione al delegato del possesso di requisiti di carattere materiale quali professionalità ed esperienza. In proposito, è pacifico il riferimento alle qualità empiriche del delegato, in relazione ad attività svolte nel corso della propria formazione professionale e della propria carriera; si richiede, infatti, non una generica propensione organizzativa, ma una competenza tecnica e professionale parametrata e correlata all'attività da svolgere, laddove una mera valutazione in termini di affidabilità o idoneità del delegato non sarebbe rispettosa del dettato normativo. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in linea con siffatto intendimento, utilizza il lessico seguente: "*necessarie conoscenze tecnico-scientifiche in materia di sicurezza del lavoro*", "*particolare esperienza nell'organizzazione dei presidi antinfortunistici nei luoghi di lavoro, anche in relazione alla specifica attività produttiva esercitata dall'impresa*"²⁰, "*soggetto di particolare competenza nel settore della sicurezza individuato e rivestito del suo ruolo con modalità rigorose*"²¹, "*persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento*"²², "*persona esperta e competente*"²³.

A elementi contenutistici determinanti per la corretta operatività della delega, fanno riferimento le disposizioni *sub c)* e *d)*, per le quali al delegato devono necessariamente attribuirsi "*tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo*" adeguati alla natura delle attività richieste, ed è altresì essenziale il conferimento "*dell'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate*"; trattasi di imprescindibili profili di autonomia gestionale che completano la posizione di garanzia derivata e ne garantiscono l'effettiva esplicazione.

Il requisito dell'accettazione per iscritto da parte del delegato, di cui alla lettera *e)*, consacra la delega di funzioni a negozio bilaterale, distinguendola da un mero atto unilaterale recettizio, quale il già ricordato conferimento di incarico.

Completa il novero degli elementi essenziali il disposto del comma 2, ove si richiede venga data alla delega tempestiva e adeguata pubblicità; quest'ultima deve di certo ricondursi alle forme di cosiddetta pubblicità-notizia previste dalla legge, ma in relazione alle modalità di attuazione mediante le quali può dirsi soddisfatta non vi è ancora uniformità.

Ai requisiti puntualmente individuati dal dettato normativo del commentando art. 16, si aggiunga un elemento ulteriore, connaturato alla delega stessa e reso pacifico da una giurisprudenza linearmente unanime: trattasi dell'individuazione dei compiti di natura prevenzionistica oggetto del

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 13.2.2014, n. 7071.

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 1.4.2014, n. 15028.

²¹ Cass. pen., Sez. IV, 13.9.2013, n. 37563.

²² Cass. pen., Sez. IV, 23.1.2012, n. 2694.

²³ Cass. pen., Sez. IV, 25.2.2010, n. 7691.

trasferimento. Come recita il Supremo Collegio “*La delega alla sicurezza sul lavoro richiede l'individuazione, da parte del delegante datore di lavoro, dei compiti di natura specificamente prevenzionistica che vengono trasferiti in forza della stessa. In tal modo, può considerarsi come delegato alla sicurezza il direttore di stabilimento cui è imposta la predisposizione di misure antinfortunistiche in relazione a tutti i macchinari presenti in azienda, e non anche il direttore nominato responsabile di un determinato servizio (nella specie, direttore del servizio di ingegneria industriale e progettazione), al quale la delega è stata attribuita in senso "atecnico", come può essere attraverso un atto che concretizza l'articolazione organizzativa aziendale*”²⁴.

4.3 *La posizione di garanzia del datore di lavoro e l'obbligo di vigilanza sull'operato del delegato*

Ci si deve preliminarmente chiedere quale incidenza possa avere il trasferimento di funzioni datoriali mediante l'istituto *de quo*, specificamente in relazione alla creazione di un nuovo centro di responsabilità penale in capo al delegato; si tratta, infatti, di comprendere come e a chi imputare, all'interno del sistema delineato dal recente costruito normativo, eventuali violazioni della normativa prevenzionistica penalmente rilevanti, e altresì come rimodellare la posizione di garanzia del datore di lavoro e il relativo obbligo di vigilanza coordinandoli con la presenza di nuovi soggetti dotati di diversi gradi di responsabilità.

La disamina del terzo comma deve anzitutto partire dalla considerazione della posizione di garanzia in tema di salute e sicurezza rivestita dal datore di lavoro²⁵, il cui fondamento si rinviene negli articoli 2043 e 2087 del codice civile, ove è enunciato il principio di *neminem laedere* ed è posto a carico del datore di lavoro l'obbligo generale di adottare misure di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, ergendolo a garante primario dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro²⁶; conseguentemente, laddove egli non ottemperi agli obblighi appena enunciati, l'evento lesivo generato dalla violazione degli stessi gli verrà imputato ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p.²⁷

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 23.11.2012, n. 11442.

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, 10.6.2010, n. 38991: “*Si delinea una posizione di garanzia a condizione che: (a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; (b) una fonte giuridica - anche negoziale - abbia la finalità di tutelarlo; (c) tale obbligo gravi su una o più persone specificamente individuate; (d) queste ultime siano dotate di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che siano ad esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato. (La Corte ha anche precisato che un soggetto può dirsi titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva, di influenzare il decorso degli eventi, indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico garantito). (Annulla in parte con rinvio, App. Torino, 25 marzo 2009)*”.

²⁶ Volendo operare un raccordo di più ampio respiro, la posizione di garanzia del datore di lavoro trova ulteriore fondamento negli articoli 2, 32 e 41 della Carta Costituzionale, laddove in materia prevenzione antinfortunistica il principio di solidarietà si compenetra con il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica privata.

²⁷ Cass. pen., Sez. IV, 10.6.2010, n. 38991: “*Il titolare della c.d. "posizione di garanzia" è un soggetto dotato di poteri ed obblighi di tutela di un determinato bene giuridico di cui risulta, quindi, garante. La condotta omissiva penalmente*

Il datore di lavoro è, dunque, il principale garante dell'incolumità psico-fisica dei lavoratori e rimane tale anche in caso di delega di funzioni corretta ed efficace, laddove l'obbligo di vigilanza di cui al comma 3 dell'art. 16 costituisce elemento essenziale della posizione di garanzia rivestita dal soggetto apicale. La previsione dell'obbligo di vigilanza è, dunque, il riflesso della *ratio* dell'attuale impianto normativo, ispirato ai principi comunitari e finalizzato alla riduzione dei rischi connessi all'attività di impresa; ciò ha determinato il passaggio a una concezione di tipo preventivo in materia di sicurezza sul lavoro, incentrata sulla gestione globale dei rischi mediante la periodica valutazione di prevedibilità dell'evento lesivo e la predisposizione di un sistema di sicurezza aziendale²⁸.

In relazione al contenuto dell'obbligo di vigilanza di cui trattasi la Corte di Cassazione rileva come *“il controllo richiesto al delegante non possa essere analitico, cioè essere così penetrante e costante al punto da sostanzialmente nell'adempimento dell'obbligo stesso di cui il delegante è originario destinatario. Infatti, se così fosse, la dimensione di tale obbligo di controllo renderebbe sostanzialmente inutile il ricorso alla delega”*²⁹.

In merito al momento assoluto dell'obbligo di vigilanza in questione, lo stesso si intende realizzato al momento dell'adozione e dell'efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4 del suddetto decreto, come recita il secondo periodo del terzo comma dell'art. 16. Desta talune perplessità la previsione di quest'ultima presunzione legale, seppur relativa, poiché nei modelli di organizzazione e gestione il sistema di controllo risponde alla finalità di controllare che tale modello funzioni e sia efficace nel tempo e non ad una finalità antinfortunistica, ed è affidato ad un soggetto terzo indipendente dal datore di lavoro.

Circa l'efficacia esimente della delega di funzioni, la giurisprudenza dell'ultimo decennio ha elaborato due teorie: la prima, c.d. *funzionale-oggettiva*, per la quale la delega di funzioni sarebbe

rilevante, consistente nel mancato utilizzo dei suddetti poteri ed obblighi, assume, dunque, efficacia causale nell'eventuale determinazione di un evento lesivo del bene garantito. In tal senso il garante non deve necessariamente essere titolare diretto ed esclusivo di poteri impeditivi, posto che, ai fini dell'attribuzione a suo carico di una responsabilità per il danno cagionato, è sufficiente che lo stesso, seppur dotato dei soli mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare l'evento dannoso poi verificatosi, non se ne sia servito”.

²⁸ Sulla valutazione di prevedibilità dell'evento e sulla riconoscibilità dei rischi connessi all'attività lavorativa e dei loro potenziali sviluppi lesivi, si veda la sentenza resa dalla corte di Cassazione sul caso del polo petrolchimico di Porto Marghera (Cass. pen., Sez. IV, 17.5.2006, n. 4675). Si veda altresì Cass. pen., Sez. IV, 10.6.2010, n. 38991, secondo cui: *“Il datore di lavoro ha, sul piano oggettivo, il dovere di attuare le misure tecniche, organizzative e procedurali, concretamente realizzabili, per eliminare o ridurre al minimo i rischi per i lavoratori, tenendo conto del progresso nelle conoscenze scientifiche e tecnologiche. Tale obbligo non è ancorato al superamento dei c.d. valori-limite individuati, in particolar modo, in merito alla prevenzione contro gli agenti chimici, essendo gli stessi meri parametri quantitativi ovvero semplici soglie di allarme il cui superamento implica, per il datore di lavoro, l'attivazione di un'ulteriore e complementare attività di prevenzione soggettiva. Tale attività, infatti, deve articolarsi su un complesso e graduale programma di informazioni, controlli e fornitura di strumenti personali di protezione finalizzati a ridurre la durata dell'esposizione dei lavoratori alle fonti di pericolo. In definitiva, quindi, i valori-limite non costituiscono soglia a partire dalla quale i datori di lavoro hanno l'obbligo prevenzionale nella sua dimensione soggettiva ed oggettiva”*.

²⁹ Cass. pen., Sez. IV, 19.3.2012, n. 10702. In senso conforme alla citata sentenza: Cass. pen., Sez. IV, 8.5.2012, n. 17074 e Cass. pen., Sez. V, 22.11.2006, n. 38425.

costituiva di responsabilità in capo al soggetto delegato e avrebbe un contestuale effetto liberatorio per il delegante, traducendosi nell'esonero di quest'ultimo da qualsivoglia responsabilità penale per l'eventuale inadempimento degli obblighi delegati; la seconda, oggi prevalente, c.d. *formale-soggettiva*, per cui permane in capo al delegante la titolarità dell'obbligo di sicurezza anche in presenza di efficace delega di funzioni. Si esclude, pertanto, il completo effetto liberatorio per il delegante che, seppur sgravato da un obbligo di adempimento diretto relativamente a quegli oneri di sicurezza, mantiene comunque un obbligo di coordinamento e controllo sull'attività del delegato. Quest'ultimo orientamento³⁰, di interpretazione più rigorosa, è ben riassunto in diverse massime relative alla sentenza n. 38991 del 2010 della Suprema Corte³¹, secondo cui: *“Anche in presenza di una delega di funzioni a uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del Consiglio di Amministrazione non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa e organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attengono direttamente alla sfera di responsabilità del datore di lavoro. Inoltre, tutte le associazioni di fatto, che rappresentano i lavoratori, pure quelle nate successivamente ai fatti illeciti, possono chiedere direttamente anche i danni morali”*, e ancora *“La sussistenza di una delega di funzioni inerenti la materia di igiene del lavoro ad uno o più amministratori non implica, anche in riferimento a strutture aziendali complesse ed organizzate, il venir meno della posizione di garanzia ricoperta dagli altri componenti del relativo consiglio di amministrazione qualora gli eventi lesivi eventualmente determinatisi attengano a scelte aziendali di livello più alto, concernenti l'organizzazione delle lavorazioni e, dunque, rientranti nella sfera generale di responsabilità del datore di lavoro”*, *“In tema di omicidio colposo per violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, la posizione di garanzia dei componenti del consiglio di amministrazione - anche se non rivestono la qualità di amministratori delegati o di componenti del comitato esecutivo e anche in presenza di deleghe per la sicurezza - non si estende alle disfunzioni occasionali ma non viene meno nel caso in cui gli eventi dannosi siano riferibili a difetti strutturali aziendali o del processo produttivo (nella specie, si trattava di malattie provocate dall'esposizione alle polveri di amianto ed era stato accertato che queste malattie erano state provocate da gravi, reiterate e strutturali violazioni delle disposizioni sull'igiene del lavoro)”*; in

³⁰ I prodromi della residua responsabilità del datore di lavoro si rinvencono, in Cass. pen., Sez. V, 85/massima 090614, ove si legge che *“sull'imprenditore stesso incombe l'obbligo di controllare che la persona capace e qualificata da lui delegata adempia regolarmente alle funzioni delegategli”*, e in Cass. pen., Sez. IV, 6/10/1995, n. 12297 (in Cass. Pen., 1997, 846): *“La responsabilità del datore di lavoro per violazione delle norme antinfortunistiche, qualora si faccia coadiuvare da un dirigente nel controllo delle modalità di esecuzione dei lavori e in quello per il rispetto delle citate norme, viene meno solo se trasferisca alla persona nominata, che deve essere tecnicamente affidabile, i suoi poteri anche in tema di osservanza delle disposizioni in materia di infortuni sul lavoro e controlli che colui al quale ha conferito la delega la usi concretamente”*.

³¹ Cass. pen., Sez. IV, 10.6.2010, n. 38991.

linea con le pronunce succitate, la sentenza della Corte d'Assise di Torino sul caso Thyssen-Krupp, ove si legge: *“Va affermata la responsabilità penale per omicidio volontario, commesso con dolo eventuale, dell'amministratore delegato di un'azienda (nella specie, la ThyssenKrupp) che, consapevole del rischio di incendi all'interno di uno stabilimento in stato di progressivo abbandono, e del quale s'è già decisa la dismissione, accetti consapevolmente il rischio di eventi dannosi per gli operai, avendo preferito dirottare altrove le risorse destinate alla sicurezza, in luogo del loro investimento in un impianto destinato alla chiusura”*³².

Laddove le funzioni siano state delegate nel rispetto dei limiti di cui agli artt. 16 e 17 del T.U. e vi sia stata verifica della correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato, con conseguente attuazione della minimizzazione del rischio stesso in ossequio al generale orientamento, il titolare della posizione datoriale di garanzia non potrà essere chiamato a rispondere in sede penale per il mancato assolvimento da parte del delegato dell'obbligo di vigilanza sulla concreta e contingente esecuzione delle misure di sicurezza a lui affidate.

Complessivamente, il riconoscimento legislativo dell'istituto è stato salutato con favore da dottrina e giurisprudenza, quale preludio a un cambio di rotta rispetto alla precedente oscillante impostazione casistica.

Sulla nuova normativa, tuttavia, ha di recente manifestato le proprie perplessità la Commissione Europea, eccependo l'incertezza contenutistica che contraddistinguerebbe il residuo potere di vigilanza di cui all'art. 16 comma 3 e il nuovo istituto della subdelega. La Commissione Europea, infatti, ha avviato nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione (n. 2010/4227) per non-corretto recepimento della direttiva 83/391/CEE, relativa all'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante lo svolgimento delle attività occupazionali; nella relativa lettera di costituzione in mora si evidenziano la pretesa *“deresponsabilizzazione del datore di lavoro in caso di delega o subdelega”* in violazione dell'art. 5 della direttiva 89/391/CEE³³, nonché la *“proroga dei termini prescritti per la redazione di un*

³² Assise Torino, 15-04-2011.

³³ Dir. 89/391/CEE, art. 5, *Disposizioni generali*: “Il datore di lavoro è obbligato a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro.

Qualora un datore di lavoro ricorra, in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 3, a competenze (persone o servizi) esterne all'impresa e/o allo stabilimento, egli non è per questo liberato dalle proprie responsabilità in materia.

Gli obblighi dei lavoratori nel settore della sicurezza e della salute durante il lavoro non intaccano il principio della responsabilità del datore di lavoro.

La presente direttiva non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata.

Gli Stati membri non sono tenuti ad esercitare la facoltà di cui al primo comma”; a norma del citato articolo, dunque, l'obbligo del datore di lavoro di garantire salute e sicurezza dei lavoratori potrebbe essere passibile di deroga o attenuazione solo laddove ricorrano circostanze estranee, eccezionali o imprevedibili, nel novero delle quali non potrebbe rientrare, a detta della Commissione Europea, la delega di funzioni.

documento di valutazione dei rischi per una nuova impresa o per le modifiche sostanziali apportate a un'impresa esistente” in violazione dell’art. 9 della direttiva 89/391/CEE³⁴.

La dottrina italiana ha ampiamente motivato come la critica rivolta dalla Commissione europea non possa essere condivisa e come essa sia stata formulata partendo da un’errata comprensione dell’istituto, in quanto, avendo presente quanto più sopra esposto, il legislatore ha inteso rimarcare il permanere di un obbligo in capo al delegante e la sua conseguente eventuale sottoposizione alla legge penale in caso di responsabilità.

4.4 La nuova previsione normativa della sub-delega

Il nuovo comma 3-bis dell’art. 16, introdotto dal d.lgs. 106/2009, reca finalmente la disciplina della subdelega (o delega di secondo grado). Mediante l’istituto di nuovo conio è ora permesso al delegato, previa imprescindibile intesa con il datore di lavoro³⁵, trasferire a sua volta specifiche funzioni in capo a soggetti terzi.

Le condizioni di validità ed efficacia nel rispetto delle quali la subdelega deve essere conferita, sono le medesime che l’ordinamento ha previsto in materia di delega di funzioni di primo grado, con espresso richiamo al primo e al secondo comma dell’art. 16; anche per quanto concerne i requisiti soggettivi di cui il subdelegato deve essere in possesso, questi si identificano nelle caratteristiche idonee all’esercizio delle funzioni subdelegate.

Per quanto concerne l’obbligo di vigilanza, esso grava anzitutto in capo al delegante secondario, il quale dovrà vigilare sul corretto espletamento delle funzioni sub trasferite, con conseguente possibilità di una sua corresponsabilità per *culpa in vigliando* nei reati commessi dal sub delegato.

L’intento di evitare il moltiplicarsi dei livelli di responsabilità all’interno dell’assetto aziendale ed evitare una dannosa deresponsabilizzazione della figura datoriale hanno determinato l’apposizione di ulteriori limiti al sub-trasferimento di funzioni: anzitutto l’espreso divieto per il subdelegato di trasferire a sua volta le attribuzioni conferitegli, in secondo luogo il limite

³⁴ Dir. 89/391/CEE, art. 9, *Vari obblighi dei datori di lavoro*: “Il datore di lavoro deve: a) disporre di una valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro, inclusi i rischi riguardanti i gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari;

b) determinare le misure protettive da prendere e, se necessario, l’attrezzatura di protezione da utilizzare;

c) tenere un elenco degli infortuni sul lavoro che abbiano comportato per il lavoratore un’incapacità di lavorare superiore a tre giorni di lavoro;

d) redigere, per l’autorità competente e conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, relazioni sugli infortuni sul lavoro di cui siano state vittime i suoi lavoratori.

Gli Stati membri definiscono, tenuto conto della natura delle attività e delle dimensioni dell’impresa, gli obblighi che devono rispettare le diverse categorie di imprese in merito alla compilazione dei documenti previsti al paragrafo 1, lettere a) e b) e al momento della compilazione dei documenti previsti al paragrafo 1, lettere c) e d)”.
³⁵ La legge non richiede la forma scritta di siffatta intesa, né specifica se l’autorizzazione del datore di lavoro possa comprendere indicazioni vincolanti in ordine a competenze da sub-delegare e alle modalità di trasferimento delle stesse.

contenutistico per cui possono costituire oggetto di delega di secondo grado solo talune specifiche attribuzioni, il che significa che per quanto esteso, l'ambito applicativo della subdelega non potrà mai avere la stessa ampiezza della delega di funzioni di primo grado³⁶.

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi in *subiecta materia* è ancora frammentato e non presenta sentenze di particolare momento. [Eleonora Santin – Marco Vianello]

V.

LA VIOLAZIONE CAUTELARE: COLPA GENERICA, COLPA SPECIFICA E SPECIFICI OBBLIGHI CAUTELARI

5.1 La nozione di “regola cautelare”, com'è noto, non è definita né esplicitata nel Codice Penale vigente ma si può ricavare, in via interpretativa, dal testo dell'art. 43, comma 1, 3° alinea, c.p., secondo il quale il delitto “è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica *a causa* di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero *per* inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.

Dalla definizione normativa del delitto colposo si può agevolmente trarre una nozione generalissima di “regola cautelare”, intesa come regola (scritta o non scritta, giuridica o non giuridica) volta ad “evitare che da una attività, in sé e per sé lecita, possano derivare conseguenze dannose per i terzi”³⁷.

Correttamente, la migliore Dottrina ha evidenziato come la distinzione tra colpa generica e colpa specifica non abbia natura ontologica, bensì meramente formale, attenendo esclusivamente alla fonte (giuridica od extragiuridica) od alla formulazione (scritta o non scritta) della regola cautelare; dal punto di vista sostanziale, invece, “la struttura della colpa nelle due situazioni è *identica*, poiché il modo in cui si forma la regola di diligenza è il medesimo. Ciò avviene attraverso il riconoscimento, in virtù dell'esperienza, del pericolo cui certi beni sono esposti in occasione del compimento di determinate attività umane, nonché attraverso la individuazione delle cautele idonee a evitare che il pericolo si traduca in danno”³⁸.

5.2 Ciò premesso, è evidente che il problema del *discrimen* tra regola cautelare e regola extra-cautelare (o, come si vedrà, pre-cautelare/pre-cauzionale) costituisce viepiù un “tema caldo”, allorquando si assista, come nell'attuale periodo storico, ad una vera e propria proliferazione dei precetti di comportamento, tale da imporre all'interprete un frequente e particolare sforzo

³⁶ Taluni, stante la complessità di numerosi assetti aziendali, hanno ritenuto troppo limitativa ai fini dell'operatività aziendale la disciplina dettata in materia di facoltà di sub-delega.

³⁷ M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 637.

³⁸ M. RONCO, *La colpa in particolare*, in ID. (opera diretta da), *Commentario al Codice Penale – Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2007.

qualificatorio. Ed infatti, la questione tecnico-giuridica è destinata ad assumere crescente rilievo teorico-pratico nell'odierna "società del rischio", laddove il legislatore – perlopiù al fine di tacitare le richieste di tutela a fronte di nuovi rischi di origine antropica (infortuni sul lavoro, circolazione stradale, inquinamento ambientale, etc.) o di tradizionali rischi di origine naturale (terremoti, alluvioni, valanghe, frane, etc.) – si presenta particolarmente fecondo e facondo nell'introdurre sempre nuovi sistemi settoriali di precetti: si pensi alla normativa in tema di sicurezza del lavoro, di tutela dell'ambiente, di protezione civile, e così via.

Dal momento che una siffatta proliferazione di regole di condotta può, senza dubbio, comportare una parallela e proporzionale espansione dell'area di colposità (specie con riferimento al versante della colpa specifica, quale violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline), lo studioso deve necessariamente interrogarsi circa la possibilità di sussumere siffatti nuovi sistemi "precettistici" all'interno della categoria tradizionale della "regola cautelare".

A tal fine, un interessante e fertile banco di prova, nel quale sperimentare e risolvere un siffatto interrogativo, è senza dubbio rappresentato dalla normativa in tema di sicurezza del lavoro, la quale ha subito negli ultimi decenni una progressiva espansione, sino all'emanazione dell'attuale articolato Testo Unico (D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

Preliminarmente, è utile osservare come tale atto normativo, come è ormai prassi negli ordinamenti comunitario ed anglosassone, principii con una serie di disposizioni definitorie, aventi ad oggetto *inter alia* le nozioni di "prevenzione", di "pericolo", di "rischio".

Sarà significativo sin d'ora notare come le definizioni normative abbracciate dal legislatore con il Testo Unico *de quo* diano la chiara cifra dello slittamento teorico cui si sta assistendo in tema di colpa; ed infatti, ai sensi dell'art. 2 del Testo Unico:

- la "*prevenzione*" viene definita come "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";

- il "*pericolo*" viene definito come "proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni";

- il "*rischio*" viene definito come "*probabilità* di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione"³⁹.

Ebbene, se la prevenzione viene intesa dal legislatore come "il complesso delle disposizioni o misure necessarie [...] per evitare o diminuire i rischi" (e non per evitare i danni o i pericoli) e se il

³⁹ Per una disamina di carattere penalistico in merito alle nozioni di 'pericolo' e di 'rischio' previste dal Testo Unico, si veda M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, 33 e segg.

rischio viene inteso *non* come “potenzialità di causare danni” (cfr. la definizione di “pericolo”), bensì quale “probabilità [statistica] di raggiungimento del livello potenziale di danno”, è evidente come siffatte nozioni di “prevenzione” e di “rischio” risultino, in qualche modo, *eccentriche* rispetto al tradizionale fuoco della colpa: ecco, dunque, che un perentorio campanello di allarme si attiva nella mente del penalista, il quale è ben conscio che, ai fini della sussistenza della colpa in senso “classico”, è necessario sia violata una regola volta a prevenire un *ben preciso evento* dannoso (o, comunque, una ben precisa classe di eventi dannosi), non essendo, invece, sufficiente l’inottemperanza a precetti non immediatamente dotati di una tale *vis* cautelare (come di seguito meglio si argomenterà).

Ed ancora, se per “buone prassi” si intendono le “soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la *riduzione dei rischi* e il miglioramento delle condizioni di lavoro” (come previsto dall’art. 2, lett. v), D.Lgs. n. 81/2008), è evidente che, nel consultare il catalogo dei precetti di cui al D.Lgs. n. 81/2008, l’interprete dovrà già mettere in conto di imbattersi in regole di comportamento che, pur apparendo astrattamente volte alla *riduzione del rischio*, non risulteranno conformi ai canoni e crismi della regola cautelare tradizionale; e ciò ai fini di un eventuale giudizio di colpa penale.

In altri termini, volendo mutuare un’icastica espressione inglese, le definizioni normative di cui al D.Lgs. n. 81/2008 pongono al cospetto del giurista alcuni *false friends* (o “falsi amici”), ossia determinate espressioni linguistiche che *solo apparentemente* risultano sovrapponibili alle nozioni proprie dello statuto della colpa e che, dunque, possono essere foriere di equivoci o – ancor peggio – di distorsioni interpretative (infatti, giova ribadire, la “prevenzione del rischio” non è la “prevedibilità dell’evento” e la “buona prassi” non è necessariamente una “buona regola cautelare”).

Se tali concetti coincidessero – ci si consenta un’esemplificazione forse provocatoria – dovrebbe rispondere di lesioni colpose gravi il genitore che consentisse al figlio di consumare “merende” preconfezionate, laddove il fanciullo maturasse, come contemplato dall’epidemiologia internazionale, disturbi di obesità in età adolescenziale. Ed invece, è pur vero che, dal punto di vista epidemiologico, l’assunzione di cibi preconfezionati ricchi di zuccheri e di lipidi è statisticamente connessa ad un aumento del rischio di obesità infantile; ma mai alcun giurista ragionevole potrebbe ravvedere profili di colpa in capo al malcapitato genitore.

5.3 Ciò detto, è dato osservare come il citato Testo Unico contenga una gamma variegata di precetti di comportamento, gravanti su varie tipologie di soggetti.

Ai fini del presente scritto, da un lato non risulta possibile affrontare l'intera materia del diritto penale del lavoro e, dall'altro lato, non presenta alcun interesse analizzare i precetti aventi una chiara ed immediata valenza cautelare⁴⁰. Ciò che, invece, interessa è esaminare alcune precetti, per così dire, “di nuova generazione”, mediante la cui ottemperanza il datore di lavoro (ovvero il soggetto attivo di volta in volta individuato) non agisce su una *specific*a fonte di pericolo, ma opera sul piano “remoto” della prevenzione generale del rischio; si pensi, a titolo esemplificativo:

- all'art. 17, che impone la nomina di un “responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi”;

- agli artt. 17 e 38, che impongono la redazione di un “documento di valutazione dei rischi”;

- all'art. 91, che impone la redazione di un “piano di sicurezza e di coordinamento”;

- all'art. 34, comma 2, secondo il quale “il datore di lavoro che intende svolgere i compiti di cui al comma 1, deve frequentare corsi di formazione, di durata minima di 16 ore e massima di 48 ore, adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative, nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni definiti mediante accordo in sede di Conferenza permanente [...]”;

- all'art. 35, secondo il quale “nelle aziende e nelle unità produttive che occupano più di 15 lavoratori, il datore di lavoro, direttamente o tramite il servizio di prevenzione e protezione dai rischi, indice almeno una volta all'anno una riunione cui partecipano [...]”.

Al cospetto di tali disposizioni, il penalista si avvede ben presto come la disciplina normativa in tema di sicurezza del lavoro presenti, nelle proprie trame, un *inedito paradigma teorico*: un tempo, infatti, il datore di lavoro era sostanzialmente onerato di specifici e puntuali obblighi cautelari, che rendevano *ictu oculi* evidente il nesso giuridico-fattuale tra la regola cautelare, le sequenze nomologiche, la condotta doverosa e l'evento da scongiurare.

Negli ultimi decenni, invece, il sistema della sicurezza è divenuto sempre più articolato e sofisticato, potendo essere rappresentato non già come un insieme di “fasci” unilaterali tra il datore di lavoro e l'attività del lavoratore, bensì come una complessa *rete* di adempimenti, in cui il datore di lavoro ed il lavoratore costituiscono solo due tessere del più ampio *mosaico* organizzativo dell'impresa; tanto che, lungo tale direttrice, i doveri di sicurezza si sono moltiplicati, nelle più svariate forme, sino a raggiungere persino quel soggetto che, un tempo, era considerato un mero destinatario o *fruitore* della sicurezza, ossia il lavoratore.

⁴⁰ *Nulla quaestio*, dunque, in relazione ai precetti contenuti, ad esempio, nell'art. 113, D.Lgs. n. 81/2008, in tema di sicurezza delle scale, ovvero alle disposizioni di cui agli artt. 118 e segg. in tema di sicurezza negli scavi e nelle fondazioni, tutte regole aventi *ictu oculi* natura cautelare.

Lungo tale piano inclinato, si è assistito ad una vera e propria “*procedimentalizzazione*” della regola cautelare e, dunque, della tipicità colposa⁴¹, in quanto il datore di lavoro (unitamente agli altri soggetti *ex lege* individuati come responsabili) si trova oggi ad assolvere al proprio ruolo di garante non più e non tanto mediante una condotta di puntuale prevenzione dello *specifico* evento lesivo, bensì adempiendo ad una serie di obblighi generali ed organizzativi viepiù *remoti* rispetto all’evento medesimo.

L’immediata conseguenza di un tale fenomeno è evidente: la condotta antidoverosa tende ad allontanarsi dal fatto materiale, rischiando di smarrire il profilo oggettivo di offensività, nonché i profili soggettivi di prevedibilità ed evitabilità dell’evento; al contempo, in sede processuale, la natura sempre più generale e “sfuggente” della regola cautelare conduce inevitabilmente ad un alleggerimento degli *standard* probatori⁴², sino a provocare, in casi estremi, inammissibili inversioni processuali.

A tal proposito, laddove si smarrisca il *discrimen* tra regole strettamente cautelari (e, dunque, rilevanti ai fini del giudizio di colpa) e regole organizzative *non* cautelari, il rischio è che si affermi un vero e proprio paradigma precauzionistico il quale, sulla scorta di presunte preminenti esigenze di tutela di beni giuridici, pervenga a conculcare i canoni tradizionali di tipicità, offensività e colpevolezza.

5.4 In effetti, è quantomeno dubitabile che abbia natura *stricto sensu* cautelare, ad esempio, la disposizione che impone la redazione di un documento di valutazione dei rischi ovvero la nomina di un responsabile del servizio di prevenzione e protezione o la frequenza di corsi di formazione: si tratta, infatti, di precetti che, seppur astrattamente posti a presidio della sicurezza del lavoro, risultano comunque *privi* di un immediato e specifico collegamento con una ben determinata situazione di danno o di pericolo⁴³. Ed infatti, è intuitivo qualificare come “pericolosa” una scala

⁴¹ Come osservato in Dottrina, secondo il nuovo paradigma teorico propugnato dal legislatore in tema di attività produttive, “la figura-modello *esplode* verso l’esterno: si allude agli sviluppi della criminalità colposa all’interno delle *organizzazioni complesse*, nel cui ambito ci si confronta con un ‘*agire collettivo*’ che non si presta ad essere ricondotto nei parametri dell’agente-modello. [...] L’*organizzazione dell’organizzazione* si fonda sull’adozione di protocolli comportamentali ‘*proceduralizzati*’, posti in sequenza, nel cui ambito l’individuo padroneggia solo un frammento del processo” (V. ATTILI, *L’agente-modello nell’era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1243-1244, corsivi originali).

⁴² Sul punto, in nota alla sentenza della Corte d’Appello di Venezia, 15 dicembre 2004, in tema di cloruro di vinile monomero, la Dottrina ha così commentato: “la sentenza della Corte di appello ha destrutturato (sarebbe più esatto dire: sconvolto) questo paradigma, attraverso una costante opera di flessibilizzazione e di decontestualizzazione degli elementi costitutivi della colpa, funzionale ad un alleggerimento degli oneri probatori” (C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, III, 1689).

⁴³ In Dottrina si è affermato che tali precetti di nuova generazione, “si colloc[herebbero] a metà strada tra la colpa generica e la colpa specifica, una sorta di colpa di tipo “*procedimentale*”,

priva di dispositivi antisdrucchiolevoli; di contro, ben può immaginarsi un cantiere assolutamente sicuro ed immune da rischi, nel quale il datore di lavoro, in violazione della legge, ometta di nominare un responsabile del servizio di prevenzione e protezione, arrogandosi personalmente le relative funzioni e competenze.

In verità, la natura “non cautelare” dei summenzionati precetti di carattere generale emerge vieppiù, se solo si pone mente agli ulteriori profili oggettivi del giudizio di colpa, tra i quali precipuamente la *concretizzazione del rischio* e la *causalità della colpa*: se, infatti, una regola di condotta presenta una efficacia preventiva dai contorni assolutamente generici ed indeterminati, una regola siffatta non sarà poi suscettibile di reggere il vaglio della concretizzazione del rischio (e, a valle, della “causalità della colpa”), in quanto essa, a monte, non risulta nemmeno volta alla prevenzione di uno specifico e predeterminato evento. In tal caso, in relazione a *nessun evento* si potrà mai predicare la sussistenza di un “nesso di rischio”, stante la genericità a monte del precetto violato; volendo farsi ricorso ad una icastica metafora, sarebbe come pretendere di cercare le pagliuzze di oro, filtrando l’acqua con un setaccio dalle maglie inadeguatamente ampie.

Sul punto, la stessa Suprema Corte ha correttamente precisato che “occorre distinguere nettamente il piano delle responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione di norme di puro pericolo, da quello delle responsabilità per reati colposi di evento, quando, cioè, si siano verificati infortuni sul lavoro o tecnopatie”⁴⁴: con tale affermazione, la Corte di legittimità ha precisato che un determinato precetto può qualificarsi come ‘cautelare’, ai fini del giudizio di colposità del fatto, anche qualora il legislatore non abbia presidiato il precetto medesimo con un’autonoma sanzione amministrativa o contravvenzionale; di converso, la previsione di una tale autonoma sanzione non è garanzia del fatto che, a monte, il precetto debba qualificarsi come “cautelare”.

5.5 Alla luce delle precedenti considerazioni, si tratta adesso di indagare quale sia l’approccio della giurisprudenza in sede di individuazione della regola cautelare violata, con particolare riferimento al settore degli infortuni sul lavoro.

consistente nella violazione della sequenza di condotte previste da determinati protocolli o nella mancata osservanza di regole tecniche fissate in documenti o programmi di sicurezza di fonte privata” (L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell’esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra “caos” e “logos”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 4, 1016). Se ben si comprende, l’Autrice colloca tali regole da un lato nella colpa specifica (trattandosi di precetti scritti, introdotti dal legislatore), dall’altro lato nella colpa generica (trattandosi di precetti strumentali, procedurali e di natura organizzativa, da integrare “in concreto” alla luce dell’effettivo contesto di lavoro). Senonché, proprio la *posizione remota* di tali precetti rispetto a specifiche e circoscritte situazioni di danno o di pericolo depone per una loro natura pre-cautelare e, dunque, pre-cauzionale, al di fuori del perimetro della “regola cautelare” classica.

⁴⁴ Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, in *CED Cass.*

A tal proposito, un interessante ambito casistico riguarda l'obbligo, da parte del datore di lavoro, di elaborare un *documento di valutazione dei rischi*.

Come sopra accennato in via di prima delibazione, un tale precetto non sembra rivestire natura *stricto sensu* cautelare: è pur vero, infatti, che la redazione di citato documento può rappresentare uno strumento generale di *prevenzione di rischi* afferenti all'ambiente di lavoro (e dunque, per così dire, un mezzo per l'"aumento della sicurezza"); pur tuttavia, l'omessa elaborazione del medesimo non costituisce condotta che rappresenti *ex se*, in modo diretto ed immediato, la fonte di un preciso danno o pericolo.

La giurisprudenza di legittimità, di contro, sembra attestarsi su posizioni diametrali, valorizzando l'obbligo di redazione del documento di valutazione dei rischi quale vero e proprio *obbligo cautelare*.

A titolo esemplificativo, la Suprema Corte si è occupata di un caso di omicidio colposo, nel quale un lavoratore, addetto allo smontaggio di un impianto di raffreddamento, era rimasto schiacciato da una pesante vasca, così perdendo la vita.

La Pubblica Accusa rinveniva la colpa in capo al datore di lavoro, il quale aveva consentito lo svolgimento dei lavori di smontaggio "senza preventivamente predisporre un dettagliato programma delle attività e della verifica statica delle strutture, con connessa valutazione dei rischi; inoltre, senza disporre di puntellare le strutture prima dell'inizio dello smantellamento e senza informare i lavoratori dei rischi specifici relativi alla attività da svolgere".

A seguito di una "doppia conforme" di condanna, la Suprema Corte si trovava ad esaminare le doglianze dell'imputato, in merito all'insussistenza del nesso eziologico e della colpa; in particolare, il ricorrente osservava come il fatto fosse stato imputato al prevenuto a titolo sostanziale di *responsabilità oggettiva*.

Ebbene, se si ripercorre la pronuncia della Suprema Corte, ci si avvede come la stessa abbia incentrato l'intero giudizio di colpa su *due inottemperanze cautelari*:

- la violazione dell'art. 2087 c.c. (per il quale il datore di lavoro "è il *garante* dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei lavoratori");

- nonché la violazione dell'art. 4, D.Lgs. n. 626/1994 vigente all'epoca dei fatti (che imponeva al datore di lavoro la *valutazione di tutti i rischi* connessi all'opera e la redazione del relativo documento).

A tal proposito, osserva il Supremo Collegio, "la valutazione dei rischi e delle misure per prevenirli risulta essere stata insufficiente e del tutto generica, tanto vero che nessuna disposizione prendeva in considerazione lo specifico rischio connesso alla rimozione delle vasche. Né di tali rischi vi era cenno nell'opuscolo di prevenzione infortuni fornito ai lavoratori. [...] Una corretta

valutazione dei rischi avrebbe evitato [...] che i lavoratori utilizzassero per l'esecuzione dello smontaggio un mezzo improprio ed inadeguato quale un crick⁴⁵.

Non è chi non veda come, focalizzando il perimetro della colpa non già (o non tanto) sulla specifica violazione cautelare immediatamente connessa all'evento lesivo (ad esempio, l'aver fornito ai lavoratori uno strumento di sollevamento e smontaggio inidoneo), bensì su una presunta e generica *valutazione negligente del rischio*, venga *snaturato* lo statuto tradizionale della colpa, in quanto ci si allontana viepiù dalla nozione di "regola cautelare", così obliterando anche i profili di "concretizzazione del rischio" e di c.d. "causalità della colpa" tra la violazione cautelare e l'evento di reato.

Se, infatti, la negligenza del datore di lavoro non viene più incentrata, a valle, sullo specifico precetto di condotta trasgredito (precetto la cui *ratio*, per l'appunto, era quella di prevenire il verificarsi di quel preciso danno), bensì, a monte ed in via remota, sulla generale omessa od errata *valutazione* dei rischi, è evidente come un tale slittamento teorico comporti il pericoloso prosciugamento di quella "spirale ermeneutica" che deve indissolubilmente connettere l'azione antidoverosa all'evento naturalistico.

Disegnando, dunque, il perimetro della colpa sulla scorta di regole generalissime, quali l'art. 2087 c.c.⁴⁶ e l'obbligo di "valutare i rischi", si finisce per ridurre il giudizio penale di colpa ad una mera giustapposizione tra un asserito disvalore d'azione ed il disvalore di evento, così tralasciando di verificare in concreto se, nella dialettica tra condotta ed offesa, vi sia un'effettiva e tangibile congruità.

È evidente l'inammissibilità di un tale approccio: infatti, individuando l'inottemperanza cautelare nel "*non avere valutato il rischio*", si giunge ad incentrare l'illecito colposo su un astratto disvalore di condotta (disancorato rispetto ad una stabile dimensione *normativa e precettiva*), senza la possibilità di verificare (in punto di "concretizzazione del rischio" e di "causalità della colpa") la *vera* congruità tra condotta ed evento; ed anzi, così facendo, si finisce per oltrepassare lo stesso disvalore di condotta, giungendo a punire il datore di lavoro per un suo *modo d'essere* (c.d. "colpa d'autore"), ossia per il fatto di non avere adeguatamente adempiuto al proprio *ruolo* di garante, di non essere stato *all'altezza* della posizione di garanzia, tanto da non essere riuscito a scongiurare in concreto l'evento lesivo.

Volendo fare un parallelo tratto dalla circolazione stradale, è come se non si rimproverasse all'automobilista di avere ecceduto i limiti di velocità, di non avere garantito una perfetta

⁴⁵ Cass. Penale, Sez. IV, 22 novembre 2009, n. 10448, in *CED Cass.*

⁴⁶ Si veda ad esempio Pret. Torino, 9 febbraio 1995, in *Foro It.*, 1996, II, 107 e segg., in cui la responsabilità per colpa del datore di lavoro viene fondata quasi esclusivamente sul dovere di diligenza di cui all'art. 2087 c.c.

manutenzione del proprio veicolo, e via scorrendo, bensì di non avere *adeguatamente valutato* il rischio di impatto, a prescindere che la collisione con l'altra autovettura sia derivata da una *specificata* violazione cautelare.

5.6 Il citato fenomeno di “rarefazione” della colpa si può apprezzare nelle numerosissime sentenze nelle quali la Suprema Corte riconduce la responsabilità colposa datoriale alla trasgressione del precetto generale di cui all'art. 2087 c.c., quasi che una siffatta inottemperanza assorbisse e rendesse superfluo l'accertamento, in concreto, di una più precisa violazione cautelare.

A titolo esemplificativo, la giurisprudenza di legittimità si è occupata di un caso in cui il lavoratore, a causa della caduta di una barra di nichel, aveva subito l'amputazione di una falange.

A seguito di una “doppia conforme” di condanna, la Suprema Corte confermava la pronuncia di merito, così motivando: “è principio non controverso quello secondo cui ai fini della configurabilità della responsabilità del responsabile dello stabilimento, è sufficiente l'inadempimento agli obblighi riconducibili, oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto degli articoli 2087 del codice civile e ora anche 2, comma 1, lett. b), d) ed e) d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in forza di quali il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto sono comunque costituiti garanti dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove gli stessi non ottemperino all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente viene loro imputato in forza del *meccanismo* previsto dall'articolo 40, comma 2, c.p.

Ne consegue che i soggetti ivi indicati devono sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa. *L'inadempimento a tale obbligo è sufficiente a fondare la colpa*⁴⁷.

La sola lettura di tali argomenti dà la cifra di quale sia il diffuso approccio giurisprudenziale alla responsabilità colposa del datore di lavoro: *in primis*, il giudizio di colpa viene ridotto testualmente a “*meccanismo*” (di imputazione)⁴⁸ oggettiva, con totale pretermissione dei variegati e problematici profili di imputazione *soggettiva* dell'evento; icastica e perentoria è, nella sua fermezza, la clausola di chiusura “*l'inadempimento a tale obbligo è sufficiente a fondare la colpa*”.

In ogni caso, volendosi arrestare al solo piano oggettivo della colpa, lo stesso viene ridotto a semplice trasgressione del precetto, che non viene nemmeno più identificato con la regola cautelare tradizionale, bensì con il precetto generalissimo di cui all'art. 2087 c.c., il quale recita: “l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la

⁴⁷ Cass. Penale, Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2816, in *CED Cass.*

⁴⁸ Tale locuzione ricorre, *inter alia*, anche in Cass. Penale, Sez. IV, 6 marzo 2008, n. 21038, in *CED Cass.*; Cass. Penale, Sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 10109, in *CED Cass.*

personalità morale dei prestatori di lavoro”); mentre l’art. 2, comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 81/2008 citato dalla Suprema Corte nella pronuncia testé riportata, definisce il “datore di lavoro” quale “soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, *ha la responsabilità* dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”.

È evidente come né l’art. 2087 c.c. né l’art. 2, D. Lgs. n. 81/2008 possano qualificarsi come “regole cautelari”, trattandosi di disposizioni dalle quali si può desumere tutt’al più una *fonte* di imputazione (ossia il datore di lavoro risponde dei danni arrecati, *per colpa*, al lavoratore), ma non certo un *criterio* di imputazione (devoluto interamente allo statuto tradizionale della colpa). In caso contrario, si finirebbe per ridurre il piano della colpa al mero piano della causalità omissiva, in quanto, una volta individuata una posizione di garanzia ex art. 40, comma 2, c.p., si ritiene sussistente *ipso iure* la responsabilità del soggetto, per il sol fatto di non avere impedito un determinato evento lesivo, a prescindere dall’individuazione di una *specifica* regola cautelare la cui violazione abbia cagionato l’*evento* medesimo (per non parlare, poi, della totale pretermissione dei canoni soggettivi della prevedibilità e della evitabilità).

Non a caso, la stessa Suprema Corte ha più volte qualificato la disposizione dell’art. 2087 c.c. quale “*norma di chiusura* del sistema, da ritenersi operante nella parte in cui non è espressamente derogata da specifiche norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro”⁴⁹: se tale è la definizione data alla clausola normativa *de qua*, non si comprende come la medesima possa qualificarsi in termini *stricto sensu* cautelari.

Il vero è che l’art. 2087 c.c. non è altro che la fonte legislativa della posizione di garanzia gravante sul datore di lavoro, ma non contiene certo alcun precetto di natura modale e cautelare, non prescrivendo alcuna condotta né aggiungendo alcunché rispetto al semplice obbligo giuridico di impedire l’evento. Proprio la nozione di “chiusura” posta a fondamento di tale disposizione rende quest’ultima incompatibile con la nozione classica di “regola cautelare” (connessa alla stessa *frammentarietà* dello strumento penale): se così fosse, infatti, l’art. 2087 c.c. saturerebbe ogni “interstizio” della colposità, rendendo prevedibile, prevenibile (e, dunque, addebitabile al datore di lavoro) un qualsivoglia evento lesivo, con il solo limite del caso fortuito e della forza maggiore. Evidente l’infondatezza di una siffatta tesi, la quale sarebbe il prodromo per la degradazione della colpa a responsabilità oggettiva.

5.7 In definitiva, nell’ambito della normativa relativa alla sicurezza del lavoro, è dato rinvenire alcuni precetti i quali, pur avendo l’apparente valenza “cautelare” (in quanto collocati in un *corpus*

⁴⁹ Cass. Penale, Sez. IV, 16 novembre 2006, n. 41997, in *CED Cass.*

di norme *nel complesso* finalizzate alla riduzione del rischio di eventi lesivi), non presentano a rigore i canoni e le caratteristiche propri della ‘cautelarietà’: si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle disposizioni che impongono l’adozione di determinate misure di carattere generale, organizzativo e gestionale, come la redazione di documenti di pianificazione, la nomina di responsabili o di incaricati *ad acta*, la frequenza di corsi di formazione o di aggiornamento, e via discorrendo. E le presenti riflessioni potrebbero essere estese a tutti quei precetti, collocati anche al di fuori del limitato ambito della sicurezza del lavoro, i quali presentino una simile curvatura organizzativo-gestionale (si pensi solo, a titolo esemplificativo, alla normativa in tema di protezione civile).

A tal proposito, vi sono almeno due aspetti che rendono tali regole *di nuova generazione* eccentriche ed eterogenee rispetto alla nozione “classica” di ‘regola cautelare’:

- esse sono tutt’al più volte al *perseguimento generale* della sicurezza (come mèta finale), ma non risultano direttamente ed *immediatamente* finalizzate alla prevenzione di eventi ben precisi; così che la loro eventuale violazione può essere, con notevoli difficoltà, declinata in termini di “nesso di rischio” con l’evento *hic et nunc* verificatosi: come si può affermare che *quell’evento hic et nunc* rientrasse *ex ante* nell’area del rischio *tipico*, se la regola di comportamento *non* era, a monte, finalizzata alla prevenzione un rischio specifico?

- esse contengono tendenzialmente principi di natura *astratta*, non prescrivendo *in via modale* le specifiche misure da adottare onde scongiurare *quell’evento*; così che, ove *un* evento dannoso o pericolosi di verificarsi, sarà quantomeno arduo condurre un giudizio di evitabilità del medesimo, giacché la regola violata risulta talmente *remota* rispetto alla lesione al bene giuridico, da non reggere adeguatamente al vaglio di c.d. “causalità della colpa”. Come si potrà mai dimostrare che, ove datore di lavoro avesse redatto un documento di valutazione dei rischi, l’evento si sarebbe *per ciò solo* scongiurato?

Tali osservazioni potevano, già da tempo, essere spese in relazione alle disposizioni generali quali l’art. 2087 c.c. o l’art. 4, D.Lgs. n. 626/1994, che, lungi dal contenere prescrizioni cautelari e modali (fondanti, come tali, un giudizio di colpa), rappresentano mere *fonti* della posizione di garanzia (e, dunque, operano sul piano della causalità omissiva, e non già della colpa).

In definitiva, le regole organizzative e procedurali *de quibus* potrebbero essere collocate in un’area *pre-cautelare* (e, dunque, pre-cauzionale)⁵⁰, ossia quell’area di comportamenti e di misure le quali non hanno natura *stricto sensu* cautelare, rappresentando tutt’al più una *precondizione* (sebbene non una *condicio sine qua non*) acchè il datore di lavoro possa, a valle, adempiere

⁵⁰ Sul punto, ci si permette rinviare al breve saggio G. CIVELLO, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 2, 25 e segg.

correttamente ai propri obblighi – questi sì – *stricto sensu* cautelari; che non si tratti, però, di *condiciones sine qua non* della sicurezza è dimostrato dal fatto che, in ipotesi, ben può esservi un datore di lavoro che, pur arrogandosi *contra legem* tutte le funzioni precauzionali che la legge gli imporrebbe di affidare a terzi, garantisca appieno le condizioni di sicurezza in favore dei propri lavoratori dipendenti.

Per tali ragioni, fondamentalmente, sarebbe errato ritenere in colpa il datore di lavoro *per il sol fatto* che lo stesso non abbia redatto il documento di valutazione dei rischi (o l’abbia redatto in modo incompleto), ovvero non abbia frequentato o fatto frequentare ai lavoratori determinati corsi di aggiornamento, in quanto tali inottemperanze non sembrano operare sul diretto piano della *cautelarietà*, ponendosi quasi sullo sfondo e *dietro le quinte*, nell’ambito prodromico della pre-cautelarietà e, dunque, della pre-cauzionalità, estranea – come ritenuto in dottrina ed ammesso dalla stessa Suprema Corte⁵¹ – al paradigma vigente della colpa.

In definitiva, affermare che il soggetto attivo versi in colpa, in quanto egli non abbia *adeguatamente valutato* o fronteggiato un rischio, significa ridurre la colpa a semplice *causazione materiale* di un evento.

Sarebbe come sostenere che il soggetto versi in colpa... nella misura in cui egli non abbia in concreto *previsto ciò che avrebbe potuto prevedere*: così facendo, si costruirebbe la colpa attorno ad un evanescente e tautologico parametro di prevedibilità, obliterando il primo ed imprescindibile tassello del mosaico della colpa, ossia proprio la violazione cautelare.

Ed invece, come è ben noto, non tutto ciò che è prevedibile *può e deve* essere evitato, giacché è necessario che, a monte della prevedibilità e della evitabilità, vi sia una precisa violazione cautelare (che non si riduca a mera *non previsione* o *non valutazione* di un rischio).

Proprio la dimensione normativa della colpa – che rifugge da ricostruzioni meramente psicologiche od intimistiche connesse alla semplice *disattenzione interiore* – fa sì che la valutazione di prevedibilità dell’evento transiti attraverso l’includibile parametro della “regola cautelare”, snodo fondamentale idoneo ad ancorare i (talvolta) sfuggenti canoni di rappresentabilità e prevedibilità al solido basamento della *dimensione normativa*. [Gabriele Civello – Lorenza Gambaro]

⁵¹ “La prevedibilità dell’evento dannoso, ai fini dell’accertamento dell’elemento soggettivo del reato, va compiuto utilizzando anche le leggi scientifiche pertinenti, se esistenti; in mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi l’accertamento della prevedibilità dell’evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l’accertamento della causalità) *ferma restando la distinzione con il principio di precauzione che prescinde dalla concretezza del rischio*” (Cass. Pen., Sez. IV, 26 marzo 2013, n. 19507, pronunzia con la quale si è definito il giudizio di rinvio, nell’ambito della vicenda giudiziaria riguardante il caso dell’alluvione di Sarno).

VI.

LA “CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO”: IL NESSO DI CONGRUENZA TRA LA SPECIFICA VIOLAZIONE CAUTELARE E L’EVENTO CONCRETAMENTE OCCORSO.

6.1 Come è noto, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nell’affermare che, ai fini della sussistenza della colpa, non è sufficiente accertare la violazione di una determinata regola cautelare e il nesso di causalità tra la violazione medesima e l’evento, ma è necessario verificare che la regola cautelare violata fosse effettivamente volta a prevenire proprio lo *specifico* evento poi realizzatosi⁵². Un tale principio, nella propria genesi e *ratio*, costituisce un fattore di selezione e restrizione del fatto tipico, in quanto richiede, ai fini della punibilità, la sussistenza di un *quid pluris* rispetto all’“apparente” nesso di causalità, ossia un ulteriore “nesso di rischio” tra la condotta e l’evento, e ciò sulla scorta di considerazioni maturate perlopiù nell’ambito della teorica della c.d. “imputazione obiettiva dell’evento”.

A dire il vero, la giurisprudenza di legittimità ha recepito in maniera esplicita e compiuta il principio di “concretizzazione del rischio” solamente negli ultimi anni, mentre in precedenza i profili di “concretizzazione” venivano trattati (in modo però più implicito, acerbo ed involuto) sul piano della causalità oppure della prevedibilità dell’evento.

V’è da dire, tuttavia, che, nel diritto vivente, un concetto quale la concretizzazione del rischio – sorto per finalità “contenitive” e deflative della responsabilità penale, in quanto tale da esigere un *quid pluris* rispetto all’apparente nesso di causalità tra condotta ed evento – si tramuta spesso in nozione sfuggente ed evanescente, della quale viene data interpretazione ed applicazione non sempre equilibrata.

Ciò che dev’essere chiaro è che la *ratio* della regola cautelare (al pari della regola in sé) deve necessariamente *preesistere* al fatto di reato e non può certo essere costruita *ex post* e, per così dire, “a tavolino” in sede giudiziale: così come, infatti, il giudice è fruitore e non già “facitore” di regole cautelari⁵³, parimenti egli non è legittimato ad attribuire ad un precetto cautelare (seppur

⁵² “[Ai fini della colpa] non è sufficiente che venga accertato che una determinata condotta, omissiva o commissiva, abbia determinato il verificarsi dell’evento (causalità della colpa: art. 43 cod. pen.) ma è altresì necessario che la previsione della regola di cautela fosse predeterminata ad evitare quell’evento (c.d. concretizzazione del rischio)” (Cass. Pen., Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 24051, in *CED Cass.*). Per le più recenti pronunce della Suprema Corte in cui si è fatto ricorso al concetto di “concretizzazione del rischio”, si vedano Cass. Pen., Sez. IV, 13 marzo 2012, n. 19170, in *Guida al Diritto*, 2012, 26, 75; Cass. Pen., Sez. IV, 18 dicembre 2009, n. 643, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 179; Cass. Pen., Sez. IV, 6 novembre 2009, n. 43966, in *Cass. pen.*, 2009, 50, 77; Cass. Pen., Sez. IV, 23 aprile 2009, n. 36857, in *CED Cass.*.

⁵³ M. RONCO, *La colpa in particolare*, in ID. (opera diretta da), *Commentario al Codice Penale – Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*, Bologna, 2007, 543; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 49 (“la regola cautelare destinata a integrare la fattispecie colposa causalmente orientata deve essere disponibile *ex ante*. Il dovere di diligenza, infatti, non può che essere configurabile

preesistente) una *ratio* di tutela che, *ex ante*, non fosse univocamente sottesa al precetto medesimo. Se, infatti, è da taluni ammesso che la *ratio* di tutela emerga in un momento successivo alla formazione di una determinata regola cautelare (nella misura in cui, all'atto della formazione, non fossero ancora completamente delucidati i possibili effetti di una certa condotta), giammai una siffatta *ratio* di tutela potrà emergere, *per la prima volta*, in sede giudiziale, dovendo essa risultare ostensibile ed evidente sin dal momento della condotta antidoverosa.

Alcuni esempi giurisprudenziali, invece, potranno mettere in luce le perplessità che sorgono al cospetto di determinate soluzioni interpretative adottate dalla contemporanea giurisprudenza di legittimità.

6.2 Il primo caso attiene ad un infortunio sul lavoro, occorso ad un lavoratore il quale, dovendo espletare i propri bisogni fisiologici, in assenza di adeguati servizi igienici presso il cantiere, si era avventurato all'interno del canale di raccolta dei liquami (trovandosi il cantiere all'interno di un allevamento suinicolo con porcilaia), così decedendo per asfissia acuta anossica da carenza ambientale di ossigeno conseguente alle esalazioni di gas.

In particolare, nel corso del giudizio di merito era emerso:

- che all'interno del cantiere non erano stati allestiti dei servizi igienici *ad hoc* (in violazione dell'art. 39, D.P.R. n. 303/1956), trovandosi i servizi più vicini all'interno di un capannone, alla distanza di 300 metri dal cantiere medesimo;

- che il lavoratore, per espletare i propri bisogni fisiologici, aveva ritenuto di accedere al predetto canale di raccolta, previa rimozione di una griglia del peso di circa 60 chilogrammi;

- che il cantiere era sprovvisto di un piano operativo di sicurezza.

Alla luce di ciò, i giudici di merito pervenivano alla condanna di vari soggetti (il committente dei lavori, il responsabile dei lavori, i titolari dell'impresa appaltatrice, il coordinatore per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori), ritenendo sussistente in capo ai medesimi, nelle rispettive posizioni e qualità, la colpa in relazione all'occorso evento morte. Se, infatti, il lavoratore avesse avuto a propria disposizione idonei servizi igienici, come prescritto dalla legge, lo stesso non avrebbe avuto la necessità di avventurarsi nel canale di scolo dei liquami e, dunque, non sarebbe deceduto a causa dell'asfissia.

Adita la Suprema Corte di Cassazione, quest'ultima si trovava ad affrontare alcune tematiche giuridiche tra le quali l'accertamento della c.d. "concretizzazione del rischio"; a tal proposito, la difesa degli imputati aveva eccepito come la regola cautelare violata (quella relativa all'obbligo di munire il cantiere di adeguati servizi igienici) non avesse una *ratio* immediatamente

già nel *tempus commissi delicti*, ovvero all'epoca della condotta, e più precisamente del primo atto di cui appunto si assuma la contrarietà alla norma con finalità preventiva").

antifortunistica, essendo volta esclusivamente a garantire ai lavoratori un adeguato *comfort* igienico, ma non già a prevenire il verificarsi di sinistri quale quello effettivamente occorso.

A fronte di tale doglianza, la Suprema Corte effettuava una breve premessa in tema di concretizzazione del rischio, richiamando la giurisprudenza secondo la quale le regole cautelari possono assumere anche una forma “aperta”, essendo volte alla prevenzione non necessariamente di uno specifico e singolo evento, bensì di una *classe di eventi*. Ed infatti, “*esistono regole di condotta ad ampio spettro che si limitano a dettare la regola di condotta in relazione all’astratta possibilità del verificarsi di eventi dannosi alcuni dei quali possono essere ancora ignoti. Sarebbe veramente singolare*”, sèguita il Supremo Collegio, “*che una condotta imposta in presenza di determinati presupposti sia ritenuta incolpevole per aver provocato la conseguenza di cui il legislatore non aveva tenuto conto perché non conosciuta al momento della formulazione originaria della norma: norma che pertanto sia stata dettata in termini generali e aspecifici proprio perché tutte le conseguenze dell’esposizione non erano ancora conosciute (e verosimilmente mai lo saranno). [...] La condotta dell’agente è rimproverabile perché era prevedibile che esistessero conseguenze eventualmente non ancora conosciute o descritte nel medesimo tipo*”⁵⁴.

Alla luce di tale orientamento, la Corte di Cassazione riteneva sussistente, nel caso di specie, il nesso di “concretizzazione del rischio”; ed infatti, la *ratio* della regola cautelare violata non consisterebbe solamente nel garantire ai lavoratori adeguati *standard* di natura igienica, ma anche nell’*evitare che i lavoratori dei cantieri edili temporanei, per l’assenza di servizi igienici, siano costretti ad esporre a rischio la loro incolumità per trovare un posto ove, senza allontanarsi dal luogo di lavoro, abbiano la possibilità di provvedere alle proprie esigenze e nel contempo tutelare il pudore*”⁵⁵.

Tale pronuncia della Suprema Corte consente di effettuare significative considerazioni di carattere teorico-generale: il timore, in capo allo studioso, è che il giudicante sia stato indotto a costruire *a posteriori* una *ratio* di tutela asseritamente sottesa alla regola cautelare violata, così di fatto “disegnando” *ex post* il perimetro della colpa sui medesimi contorni della fattispecie concreta; ed infatti, non può non colpire come la *ratio* di tutela ricostruita dal giudice di legittimità finisca, nel caso di specie, per somigliare così tanto... al fatto storico effettivamente realizzatosi!

A tal riguardo, giova citare testualmente la disposizione dell’art. 39, D.P.R. n. 303/1956, secondo la quale “*i lavoratori devono disporre, in prossimità dei loro posti di lavoro, dei locali di riposo, degli spogliatoi e delle docce, di gabinetti e di lavabi con acqua corrente calda, se necessario, e dotati di mezzi detergenti e per asciugarsi*”. Invero, una tale disposizione sembra tutelare, più che

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 46819. La citazione è, a propria volta, tratta da Cass., Penale, Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675 (sulla vicenda di Porto Marghera).

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 46819.

altro, l'interesse del lavoratore ad un ambiente di lavoro salubre ed igienico, essendo quantomeno problematico ipotizzare che un tale precetto sia volto ad evitare infortuni (*stricto sensu*) a carico del lavoratore. Ciò a tacer del fatto che, nella fattispecie oggetto di pronuncia, era stata accertata la presenza di servizi igienici (seppur non specificamente approntati dai "garanti") ad una distanza di 300 metri dal cantiere, di tal che il giudizio circa la sussistenza della colpa in capo agli imputati si è fondato sull'incerto (se non arbitrario) profilo circa la congruità o l'eccessività di una tale distanza rispetto al luogo di lavoro. A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, il lavoratore aveva fatto accesso al canale di scolo – le cui esalazioni si sarebbero, poi, rivelate mortifere – sollevando una grata del notevole peso di 60 chilogrammi, la qual condotta rappresentava, senza dubbio, un fattore causale, se non eccezionale ed anomalo, quantomeno assai singolare.

In definitiva, la pronuncia della Suprema Corte testé citata rappresenta un interessante esempio di caso giudiziario, in cui il criterio della c.d. "concretizzazione del rischio" risulta sottoposto ad una certa *trazione*, sino ad approssimarsi pericolosamente al fatto storico *hic et nunc* verificatosi, così smarrendo almeno in parte la propria *ratio* "selettiva" del fatto tipico (mercé, appunto, il filtro del "nesso di rischio tipico")⁵⁶.

6.3 Un altro caso giudiziario, nell'ambito del quale sono emersi in modo significativo i profili problematici sottesi alla nozione di "concretizzazione del rischio", fu quello originato dall'alluvione di Messina del 27 settembre 1998, allorquando, a seguito di un violentissimo temporale, gli alvei dei fiumi Pace e Ciaramita, in precedenza asciutti ed impropriamente adoperati quali strade dalla cittadinanza, venivano inondati dal flusso d'acqua, ivi perdendo la vita alcuni automobilisti.

Tra i vari imputati vi era il capo del Genio Civile, al quale veniva contestato di avere "*omesso di esercitare i poteri di vigilanza e polizia sulle acque [...], non emanando i provvedimenti finalizzati alla chiusura della viabilità precaria insistente nell'alveo [fluviale]*".

Tra i vari profili affrontati dalla Suprema Corte, vi era l'individuazione della regola cautelare violata, nonché la c.d. "concretizzazione del rischio". A tal proposito, la normativa di riferimento era da rinvenirsi nel r.d. 25 luglio 1904, n. 523, il quale impone all'Autorità Amministrativa l'obbligo di vigilanza sul "*buon regime delle acque pubbliche*".

⁵⁶ Ciò che, peraltro, sorprende è che l'intero giudizio di colpa, nel caso *de quo*, si sia quasi integralmente incentrato sulla questione della presenza o meno dei servizi igienici sul luogo di lavoro, senza che il giudicante abbia, ad esempio, accertato se la presenza di una grata dal peso di 60 chilogrammi (seppur non ancorata in modo irremovibile) costituisse misura sufficiente ad impedire ai lavoratori l'accesso all'area pericolosa. Ed infatti, risulterebbe ragionevole escludere la colpa del datore di lavoro, laddove il lavoratore, pur sprovvisto di servizi igienici, abbia deciso di espletare i propri bisogni fisiologici avventurandosi in un'area chiaramente interdetta e forzando le misure di sicurezza volte ad impedirne l'accesso: in tal caso, infatti, la vittima avrebbe probabilmente potuto tutelare comunque il proprio pudore, senza la necessità di introdursi abusivamente e forzosamente in un luogo dall'accesso sprangato, così che il suo comportamento potrebbe astrattamente integrare proprio quel *fatto anomalo*, da solo sufficiente a cagionare l'evento e, come tale, comportante una cesura del nesso causale.

Secondo la tesi difensiva, tuttavia, un tale obbligo risulterebbe finalizzato a garantire che le acque pubbliche non esondino dagli argini o non devino dal loro naturale corso; di contro, laddove un alveo fluviale risulti da tempo abbandonato dalle acque ed impropriamente adoperato dalla collettività quale sede stradale, il successivo “rientro” delle acque nel proprio naturale alveo esulerebbe dal “buon regime delle acque pubbliche”, rappresentando, anzi, un fenomeno naturale assolutamente fisiologico.

Pertanto, tornando al caso storico *de quo*, il fatto che le autovetture transitassero impropriamente lungo l’alveo (a quel tempo asciutto) del fiume, venendo così travolte dalla fiumana verificatasi a seguito delle piogge, non avrebbe avuto attinenza con il “buon regime delle acque pubbliche” e della polizia idraulica in generale, afferendo piuttosto all’ambito della viabilità stradale di competenza locale; donde una assenza di “concretizzazione del rischio” *nell’evento poi effettivamente realizzatosi*.

A fronte di ciò, la Suprema Corte affermava come il risalente r.d. 25 luglio 1904, n. 523, quale possibile fonte di regole cautelari penalmente rilevanti, dovesse essere interpretato in modo “*evolutive e costituzionalmente orientato*”: in tal senso, il concetto di “*buon regime delle acque [rientrerebbe] nella categoria delle norme “elastiche” (o “aperte”), limitandosi a dettare le regole di condotta in termini generali in relazione alla astratta possibilità del verificarsi di eventi dannosi, anche di quelli ignoti al legislatore dell’epoca. [A tal proposito], l’interprete non può non tener conto dei principi costituzionali, tra i quali quello della tutela della persona e del bene primario della vita, arrivando a comprendere nel concetto in questione l’interesse fondamentale alla incolumità delle persone che si trovino all’interno dell’alveo, pur non avendo essa attinenza con la efficienza idraulica bensì con la viabilità e la circolazione che ivi si svolge. Non può, pertanto, ragionevolmente escludersi la responsabilità penale del capo del Genio civile sostenendo che la normativa era indirizzata solo alla tutela del deflusso delle acque, essendo stato dimostrato, attraverso una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata, che le regole cautelari sono state dettate anche per tutela della incolumità pubblica delle persone che utilizzano le strade realizzate negli alvei dei fiumi*”⁵⁷.

Anche tale pronuncia consente allo studioso di formulare alcune considerazioni circa i rapporti tra colpa e concretizzazione del rischio.

Innanzitutto, la sentenza testé citata ripropone il problema della sovrapposizione tra posizione di garanzia e regola cautelare: ed infatti, una volta individuata la posizione giuridica gravante sul Genio Civile, ossia la funzione di governo sul “buon regime delle acque pubbliche”, il giudicante sembra ridurre il piano della colpa al mero versante della posizione di garanzia, senza individuare

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 17069.

una *specifica* regola cautelare violata; come a dire che il funzionario pubblico, *per il sol fatto* di essere deputato alla vigilanza sul “buon regime delle acque”, debba rispondere di qualsivoglia evento lesivo afferente la polizia idraulica, *in quanto* non adeguatamente impedito.

Ma v'è di più: anche a voler qualificare il “buon regime delle acque” (non solo quale fonte di posizione di garanzia ma anche) quale regola cautelare “aperta”, ci si scontra con un ulteriore aspetto problematico, ossia i profili di concretizzazione del rischio: sul punto, come detto, la difesa degli imputati aveva perspicuamente osservato come l'inondazione dell'alveo fluviale, avvenuta a seguito del violentissimo temporale, non costituisse fatto contrario al “buon regime delle acque”, in quanto, così facendo, il flusso idrico non aveva fatto altro che riappropriarsi del proprio alveo naturale; per tali ragioni, il fatto che, nell'alveo temporaneamente asciutto, transitassero impropriamente gli autoveicoli non aveva alcuna attinenza con la polizia idraulica ma, tutt'al più, con la polizia stradale e viaria.

Senonché, la Suprema Corte non condivideva un tale assunto e, a tal fine, riteneva sussistente, nel caso di specie, la “concretizzazione del rischio”, sulla scorta di un'interpretazione “evolutive e costituzionalmente orientata” (*sic*) del concetto di “buon regime delle acque pubbliche”, ossia in vista della tutela dei preminenti beni giuridici della vita e dell'incolumità fisica.

In altri termini, volendo parafrasare la pronuncia *de qua*, poiché la *ratio* di un siffatto “buon regime” consisterebbe nella tutela *purchessia* della vita e dell'incolumità fisica, la relativa “area di rischio” sarebbe idonea a *coprire* un qualsiasi evento di danno a carico di siffatti beni giuridici, a prescindere dal fatto che lo specifico decorso causale transiti attraverso un *cattivo regime* delle acque.

Un tale approdo ermeneutico risulta quantomeno problematico e sollecita lo studioso ad una serie di riflessioni: ed infatti, la *ratio* di tutela sottesa ad una determinata regola di condotta deve potersi rinvenire in modo immediato ed agevole, senza un irragionevole ricorso a canoni interpretativi di natura estrinseca; è necessario, dunque, che l'area del “rischio tipico” emerga chiaramente dal precetto cautelare, senza forzature od unilaterali attribuzioni di senso.

L'impressione, invece, è che il giudicante, nell'intento di perseguire preminenti esigenze di tutela di beni giuridici (quali la vita e l'incolumità fisica), abbia sottoposto ad una certa tensione il perimetro fisiologico del precetto cautelare, facendo per l'appunto ricorso ad una interpretazione “evolutive e costituzionalmente orientata”.

Sotto tale profilo, dunque, la nozione di regola cautelare “aperta” o “elastica”⁵⁸ sembra costituire un *passepertout* giudiziale per forzare *ex post* e, per così dire, “a tavolino”, i limiti naturali della

⁵⁸ Per un approfondimento circa la distinzione tra regole cautelari “rigide” ed “elastiche”, cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 236-237; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 484; F. GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 220 e segg.

cautelarietà (*sub specie* “nesso di rischio” tra inottemperanza cautelare ed evento *hic et nunc* verificatosi); ed infatti, l’impressione è che il giudizio di *tipicità* del rischio venga condotto non già avendo a mente una ben perimetrata *modalità* di lesione del bene giuridico, bensì focalizzando l’attenzione *genericamente* sul bene, *qualunque sia* la sua specifica modalità di lesione (quasi che il Genio Civile fosse chiamato a scongiurare l’evento *morte* o *lesioni purchessia*, a prescindere dal fatto che la compromissione del bene giuridico sia immediatamente riconducibile ad un *deficit* afferente al “buon regime delle acque pubbliche”).

In tal modo, in realtà, confondendo l’evento *tipico* (siccome sotteso alla disposizione incriminatrice) con una sorta di evento-danno *atipico* di matrice civilistica (e, in ispecie, aquiliana).

6.4 Un ulteriore settore nel quale il criterio di “concretizzazione del rischio” ha subito, in sede giurisprudenziale, notevoli tensioni e torsioni è, senza dubbio, quello della responsabilità derivante dall’esposizione all’*amianto*.

A tal proposito, la giurisprudenza si è ben presto avveduta come, sino ai primi anni ‘80, non vi fosse concordia di opinioni circa la connessione eziologica tra esposizione all’*amianto* ed insorgenza del mesotelioma pleurico a carico dei lavoratori esposti; tant’è che solamente nei primi anni ‘90, con la l. 27 marzo 1992, n. 256, il legislatore avrebbe sancito la definitiva “cessazione dell’impiego dell’*amianto*”, a quel punto pacificamente qualificato come sostanza cancerogena dalla letteratura scientifica internazionale.

Cionondimeno, numerose pronunce di merito e di legittimità, dalla fine del secolo scorso ad oggi, hanno più volte affermato la responsabilità del datore di lavoro, in relazione al decesso dei lavoratori esposti alla polvere di *amianto* sin dagli anni ‘50, epoca in cui si conosceva solamente la connessione fra una tale esposizione e l’*asbestosi* (affezione delle vie respiratorie tendenzialmente non mortale).

A tal fine, la norma cautelare posta a fondamento delle pronunce di responsabilità veniva e viene comunemente individuata – oltre che nell’art. 2087 c.c. – nell’art. 21, d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (“*difesa contro le polveri*”), secondo il quale “*nei lavori che danno luogo normalmente alla formazione di polveri di qualunque specie, il datore di lavoro è tenuto ad adottare i provvedimenti atti ad impedirne o a ridurne per quanto è possibile, lo sviluppo e la diffusione nell’ambito di lavoro*”; inoltre, la giurisprudenza rilevava come l’inserimento dell’*asbestosi* (quale patologia connessa all’esposizione all’*amianto*) tra le malattie professionali coperte da assicurazione obbligatoria fosse avvenuto già con la l. 12 aprile 1943, n. 455, il che significherebbe che, quantomeno dagli anni ‘40, fosse nota la “nocività” dell’*amianto* per le vie respiratorie.

Alla luce dell’art. 21, D.P.R. n. 303/1956, dunque, la giurisprudenza ha ripetutamente ritenuto responsabile il datore di lavoro, in relazione al decesso dei lavoratori causato da mesotelioma

pleurico, affermando che l'inumidimento delle polveri di amianto, l'uso di maschere respiratorie e la divulgazione di "informazioni capillari sui rischi personali" avrebbero consentito ai soggetti attivi di scongiurare l'insorgenza del tumore e, dunque, la morte dei soggetti passivi⁵⁹.

A tal proposito, in sede di individuazione della *ratio* di tutela della regola cautelare, nonché della c.d. "concretizzazione del rischio", la Suprema Corte ha più volte affermato che "*la regola cautelare di cui all'art. 21, D.P.R. n. 303 del 1956 non mira a prevenire unicamente l'inalazione di polveri moleste (di qualunque natura), ma anche a prevenire le malattie che possono conseguire all'inalazione*"⁶⁰.

Ebbene, un tale approdo interpretativo sollecita l'interprete ad alcune riflessioni problematiche in tema di concretizzazione del rischio, con particolare riferimento alla questione dell'individuazione del *tipo evento* che la disposizione cautelare mirava a prevenire: da un lato, infatti, è evidente che, al momento della sua entrata in vigore, la *ratio* dell'art. 21, d.P.R. n. 303 del 1956 non era certo (né poteva esserlo) quella di prevenire l'insorgenza del mesotelioma pleurico, essendo ancora ignota ogni connessione fra l'esposizione all'amianto ed una siffatta patologia tumorale; dall'altro lato le regole cautelari prescritte dalla citata disposizione (ossia l'inumidimento delle polveri onde limitarne la diffusione e l'utilizzo di mascherine protettive) non risultavano nemmeno idonee a scongiurare l'insorgenza del mesotelioma⁶¹, tanto che (solo tra il 1991 ed il 1992) l'unico strumento per *estirpare* alla radice tale rischio sarebbe stato individuato nel *totale* divieto dell'utilizzo dell'amianto (a dimostrazione che le misure di prevenzione in tema di polveri non risultavano, comunque, capaci di impedire la formazione della neoplasia).

Ma allora, se le norme di "difesa contro le polveri", emanate negli anni '50, non solo non erano *finalizzate* a scongiurare l'insorgenza del mesotelioma pleurico⁶² (dove la successiva messa al bando dell'amianto), ma non erano nemmeno *idonee* a ciò, risulta quantomeno problematico

⁵⁹ Da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 22 marzo 2012, n. 24997 (fattispecie di esposizione all'amianto dal 1965 al 1990).

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Riv. pen.*, 2011, 7-8, 778.

⁶¹ L. SIRACUSA, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 4, 2007: "in effetti, nei casi di esposizione di lavoratori alle polveri di amianto, l'impossibilità di un rimprovero colposo sarebbe dovuta discendere dalla constatazione della sostanziale inadeguatezza – rilevata *ex post* – delle cautele [...] a fronteggiare il tipo di rischio in concreto prodottosi, non in quanto si trattasse di un rischio "atipico" in relazione alle cautele violate, bensì perché queste ultime erano in realtà insufficienti a contrastare il verificarsi dell'accadimento lesivo" (l'Autrice, quindi, non nega che l'evento *hic et nunc* abbia costituito, in qualche modo, concretizzazione del rischio che le disposizioni cautelari miravano a prevenire; piuttosto, nel caso di specie, la punibilità sarebbe esclusa per il c.d. "fallimento" della regola cautelare, dimostratasi a posteriori comunque inidonea a scongiurare l'evento effettivamente realizzatosi).

⁶² Come correttamente rilevato in dottrina, "la morte dell'operaio avvenuta nel 1992, esposto senza cautele all'amianto negli anni '60, non può imputarsi alla colpa del datore di lavoro: la cornice nomologica integrante il contenuto previsionale delle norme cautelari disattese non annoverava fra i "sotto-eventi" in possibile relazione causale con l'*eventum mortis*, il mesotelioma pleurico o altre forme di tumore polmonare. Non era perciò riconoscibile il pericolo di verificazione di una modalità rilevante e ripetibile dell'accadimento (i.e. il mesotelioma maligno) causalmente collegata all'evento finale descritto dalla norma incriminatrice" (C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 4, 1447 e segg.).

individuare nella violazione dell'art. 21, d.P.R. n. 303/1956 la *condotta antidoverosa tipica* ed affermare che l'insorgenza del mesotelioma pleurico in capo ai lavoratori possa costituire "concretizzazione del rischio" posto a fondamento di una siffatta regola cautelare.

Senonché, la giurisprudenza risulta pressoché unanime nell'affermare che "*le regole cautelari violate, finalizzate a ridurre al minimo possibile al diffusione delle polveri di amianto negli ambienti di lavoro, miravano proprio ad evitare il rischio di patologie polmonari, pertanto il decesso di lavoratori per asbestosi ha determinato la "concretizzazione" del rischio che le disposizioni cautelari neglette miravano a prevenire*" [...]. Nel caso di specie, come osservato con *coerente ragionamento dal giudice di merito, il rispetto delle regole cautelari avrebbe ridotto notevolmente la possibilità del concretizzarsi del rischio, tenuto conto che le lavorazioni con impiego di amianto sono state svolte senza cautele a volte elementari (bagnare le polveri, evitare di intervenire durante lo svolgimento dell'ordinaria produzione; prevedere efficienti impianti di aspirazione; rendere edotti i lavoratori dei rischi specifici di esposizione; ecc.), così determinando la diffusione negli ambienti di lavoro delle fibre di asbesto, il loro deposito in detti ambienti e la possibilità di inalazione anche per i lavoratori non addetti alle operazioni di manutenzione. Ne consegue*", a parere della Corte di legittimità, "*che il rispetto delle cautele avrebbe certamente ridotto al minimo il rischio del verificarsi degli eventi*"⁶³.

6.5 Il principio di concretizzazione del rischio ha subito un'applicazione altrettanto problematica in un altro importante caso giudiziario, quello del *cloruro di vinile monomero*⁶⁴.

Come è noto, il caso riguardava lo stabilimento del petrolchimico di Porto Marghera, all'interno del quale, dall'anno 1969 all'anno 2000, venivano prodotti ed utilizzati il cloruro di vinile monomero (CVM allo stato gassoso) ed il cloruro di polivinile (PVC sottoforma di polvere).

A seguito del decesso di alcuni lavoratori *illo tempore* esposti a tali sostanze, si avviava il procedimento, *inter alia*, per omicidio colposo plurimo nei confronti dei dirigenti delle società interessate.

In estrema sintesi, gli studi scientifici, sino ai primi anni '70, evidenziavano gli effetti epatotossici del CVM, mettendo in luce come l'esposizione a massicce dosi di tale sostanza potesse cagionare *disturbi acuti* quali la sindrome di Raynaud, la sclerodermia, l'epatomegalia ed altre malattie, perlopiù destinati a "rientrare" al cessare dell'esposizione.

Solo a metà degli anni '70 (e, più precisamente, successivamente al 1974) sarebbero emerse evidenze scientifiche consolidate in merito agli effetti cancerogeni del CVM, effetti prima di allora sconosciuti.

⁶³ Cass. Pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991.

⁶⁴ Cfr. *ex multis* E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*, in *Cass. pen.*, 2009, 49, 7/8, 2878 e segg.; L. SI, *op. cit.*, 1008 e segg.

A fronte di ciò, le concentrazioni massime di CVM venivano progressivamente ridotte ad opera dei contratti collettivi e della normazione secondaria; in particolare:

- nel contratto collettivo nazionale del 1969 si faceva riferimento ad una concentrazione massima di 500 ppm;
- il contratto collettivo del 1972 proponeva di adottare il valore di 200 ppm;
- nel 1974 il Ministero emanava una raccomandazione di non superamento del valore di 50 ppm;
- con la direttiva CEE n. 610/78, recepita con D.P.R. n. 962/1982, i valori venivano ridotti a 3 ppm come media annuale.

All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale di Venezia riteneva *non* sussistesse la colpa in capo agli imputati, nella misura in cui le regole cautelari asseritamente violate (quali, ad esempio, gli artt. 20 e 21, D.P.R. n. 303/1956 in tema di "difesa dell'aria da inquinamenti con prodotti nocivi" e di "difesa dalle polveri") non fossero finalizzate a contenere il rischio dell'angiosarcoma epatico, bensì a sradicare o diminuire i rischi di patologie acute (e tendenzialmente reversibili) allora conosciute, quali le dermatiti, l'asbestosi, il morbo di Raynaud e così via.

La Corte d'Appello di Venezia, invece, ribaltava il pronunciamento di prime cure, affermando che le citate regole cautelari fossero direttamente volte a prevenire l'esposizione a *qualsiasi* sostanza, gassosa od in polvere, di natura tossica o nociva, a prescindere dal *tipo* di patologia (acuta o cronica, tumorale non tumorale, mortale o meno) in concreto insorta. Poiché l'evento che tali regole mirano a scongiurare sarebbe, genericamente, un qualsivoglia "*danno alla salute*", a questo punto la loro violazione sarebbe idonea a fondare un giudizio di colpa, a prescindere dal fatto che l'evento concreto (angiosarcoma epatico) fosse o meno contemplato nel "ventaglio di possibilità", al momento dell'emanazione dei precetti di comportamento.

Simili considerazioni venivano spese dalla Suprema Corte, investita delle relative impugnazioni di legittimità; a tal proposito, rileva la Corte, poiché l'art. 20, d.P.R. n. 303/1956 regola e disciplina l'emissione di gas o vapori tossici e poiché il CVM deve ritenersi, a tutti gli effetti, un gas tossico, a questo punto la *ratio* di tutela di un tale precetto dovrebbe estendersi ad *un qualsivoglia danno alla salute* derivante dall'esposizione al citato gas; quanto all'art. 21, d.P.R. n. 303/1956, poiché il medesimo riguarda in generale le "polveri", a prescindere dalla loro tossicità o nocività, a maggior ragione una sua violazione sarebbe idonea a determinare un giudizio di colpa, *a prescindere dalla tipologia di patologia in concreto verificatasi*.

A tal proposito, rileva la Suprema Corte, "*pur dandosi atto della problematicità della soluzione, questo collegio ritiene che il principio della concretizzazione del rischio vada inteso con criteri di ragionevolezza interpretando la regola cautelare non in senso formale e statico ma secondo la sua ratio e secondo criteri che tengano conto dell'evoluzione delle conoscenze e della possibilità di*

ricondere comunque l'evento alle conseguenze della violazione della regola di condotta, anche se infrequenti e non previste anticipatamente, purché non siano completamente svincolate dallo scopo perseguito nella redazione della regola cautelare"; in particolare, *“se, trattandosi di regola cautelare ‘aperta’, l'evento rientra nel ‘tipo’ di eventi che la norma mira a prevenire – e purché non sia completamente diverso da quelli presi in considerazione nella formulazione della regola di cautela e non costituisca uno sviluppo eccezionale della violazione – la condotta dell'agente è “rimproverabile” perché era prevedibile che esistessero conseguenze, eventualmente non ancora conosciute o descritte, del medesimo tipo”*⁶⁵.

All'interprete pare che l'argomentazione profusa dalla Suprema Corte sottenda una sorta di *“mutamento di paradigma”* (o, volendo ricorrere ad una formula icastica, una *“mutazione genetica”* della colpa): ed infatti, tralasciando in questa sede le conseguenze inaccettabili che una siffatta impostazione determina sul piano soggettivo della prevedibilità dell'evento (cfr. *infra* la parte seconda del presente studio), è evidente come la medesima comporti, già solo sul piano oggettivo della concretizzazione del rischio, un sostanziale *annacquamento* dello statuto della colpa, poiché la *ratio* cautelare della regola violata viene oltremodo estesa e dilatata, sino a ricomprendere *classi* di eventi nemmeno immaginabili al momento della sua formazione.

Un tale fenomeno di *dilatazione* della *ratio* cautelare – con conseguente *sfilacciatura* del giudizio di concretizzazione del rischio – comporta quantomeno due conseguenze aporetiche degne di nota.

In primis, v'è il rischio che un tale approccio determini un affievolimento del nesso di offensività e di colpevolezza tra la condotta e l'evento (in quanto la regola cautelare non è più volta a prevenire *quello* specifico evento *hic et nunc* verificatosi, così che viene meno anche un pregnante nesso di disvalore oggettivo e soggettivo tra l'inottemperanza alla regola ed il fatto di reato); per non dire, poi, che, lungo tale crinale, non si comprende quale efficacia tendenzialmente *rieducativa* possa avere una sanzione applicata ad un soggetto, laddove la condotta antidoverosa dallo stesso *illo tempore* serbata non sottendesse – secondo una prospettiva *ex ante* ed in concreto – quel *tipo* di evento poi, in effetti, realizzatosi e posto a fondamento della sanzione irrogata.

In secundis, può addirittura verificarsi un paradossale *“effetto boomerang”*, persino contrario alle esigenze general-preventive poste a fondamento di un approccio *“massimalista”* alla colpa: se, infatti, al momento della condotta non è ancora del tutto chiaro e delucidato quale sia lo specifico evento da prevenire ed evitare, lo stesso soggetto attivo non ha nemmeno la possibilità di attivarsi in maniera efficace e puntuale per scongiurare l'evento lesivo. In altri termini, se la *ratio* della regola cautelare viene estesa a dismisura, sino a ricomprendere eventi generici ed indeterminati (come, ad

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675.

esempio, un qualsivoglia “*danno alla salute o alla vita*”⁶⁶, purchessia), il soggetto agente si trova ad applicare la regola medesima, per così dire, *alla cieca*, senza avere nemmeno ben chiaro *quale* evento scongiurare e *come* scongiurarlo. A tal proposito, come acutamente osservato dalla Dottrina, “*solo la conoscenza della morfologia del rischio permette di setacciare efficaci regole di disinnescamento e di effettuare il giudizio sul grado di efficacia preventiva del cd. comportamento alternativo lecito. [...] Un evento ‘generico’, come quello di “danno alla salute o alla vita”, ostacola l’identificazione di qualsivoglia regola cautelare*”⁶⁷.

Ecco, dunque, che un tale approccio interpretativo non solo finisce per conculcare inevitabilmente i principi classici in tema di “cautelarità” (di fatto, *neutralizzando* l’efficacia selettiva esplicita dal giudizio di “concretizzazione del rischio”), ma determina effetti applicativi persino contrari agli stessi suoi principi ispiratori, di fatto tradendo l’efficacia general-preventiva posta a fondamento di un siffatto approccio “massimalista” al tema della colpa.

Proprio alla luce di tale deriva concettuale e applicativa, si rende oggi fondamentale ribadire quanto già sopra evidenziato, e cioè che la *ratio* della regola cautelare (al pari della regola in sé) deve necessariamente *preesistere* al fatto di reato e non può certo essere costruita *ex post* e, per così dire, “a tavolino” in sede giudiziale. In tal senso si auspica che la giurisprudenza voglia accedere ad una interpretazione il più possibile rigorosa e garantistica del principio di “concretizzazione del rischio”, senza “ritagliare” *rationes* di tutela secondo la inaccettabile logica del “senno di poi”.
[Gabriele Civello – Lorenza Gambaro]

VII.

IL NESSO DI CAUSALITÀ TRA LA CONDOTTA E L'EVENTO IN GENERALE

Le norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro perseguono il fine di apprestare una tutela ferma e completa al lavoratore. La normativa affronta infatti con particolare rigore il nodo della responsabilità del datore di lavoro; questi deve non solo predisporre le misure di sicurezza idonee e impartire le direttive atte al perseguimento di questo scopo, ma deve altresì costantemente controllarne il rispetto da parte dei lavoratori.

Tale rigore ispira tutta la normativa antinfortunistica e, conseguentemente, esso permea anche il tema del nesso di causalità tra la condotta e l’infortunio.

Proprio per tale motivo, la giurisprudenza di legittimità si è sforzata di focalizzare il giusto punto di equilibrio tra esigenze di prevenzione, a tutela dei beni primari della vita e della salute dei

⁶⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675.

⁶⁷ C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio*, cit., 1692 (corsivi originali).

lavoratori, ed i principi costituzionali che impongono una responsabilità penale sorretta da colpevolezza.

A tal fine, per poter formalizzare l'addebito colposo è necessario primariamente verificare la sussistenza del rapporto di causalità materiale tra il lavoro ed il verificarsi del rischio. Come infatti ha insegnato Carnelutti, l'infortunio può ritenersi avvenuto in occasione del lavoro quando sia stato il lavoro a determinare il rischio di cui è conseguenza l'infortunio stesso.

Non è quindi né necessario né sufficiente che l'infortunio sia avvenuto durante l'orario di lavoro e sul luogo di lavoro, ma è invece fondamentale che il rischio del verificarsi dell'evento dannoso sia stato posto in essere *dal* lavoro.

Tante pronunce, in punto di nesso causale, hanno infatti riconosciuto che ove sussista un nesso eziologico tra prestazione lavorativa ed evento lesivo, la responsabilità del datore di lavoro sia configurabile anche qualora l'infortunio non sia ascrivibile ad un rischio tipico della prestazione lavorativa, con la conseguenza che anche il rischio generico collegato allo svolgimento di una determinata attività è addebitabile al datore di lavoro.

Sempre in ossequio al particolare rigore cui sopra accennato, la Corte di Cassazione ha inoltre affermato che per la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta e l'evento è necessario e sufficiente che la condotta del lavoratore sia comunque inerente all'esecuzione del lavoro e posta in essere in connessione con lo svolgimento del medesimo.

In relazione all'estensione della responsabilità del datore di lavoro e quindi alla sussistenza del nesso eziologico, la materia infortunistica prevede che l'obbligo di questi di assicurare la sicurezza nel luogo di lavoro si estenda anche ai soggetti che nell'impresa abbiano comunque prestato la loro opera, indipendentemente dalla forma giuridico/contrattuale utilizzata per lo svolgimento della prestazione⁶⁸. Tale obbligo è di così ampia portata che non può distinguersi tra lavoratore subordinato, altro soggetto a questo equiparato o anche persona estranea all'ambito imprenditoriale, purché sussista il nesso causale tra l'infortunio e la violazione della disciplina antinfortunistica.

Non spezzerà il nesso causale tra condotta ed evento neppure la circostanza che l'infortunio sia avvenuto a danni di terzi: la normativa prevede infatti che il datore di lavoro debba tutelare anche tutti coloro che, per un qualsiasi legittimo motivo, accedano nell'ambiente lavorativo, a prescindere da un rapporto di dipendenza diretta con il titolare dell'impresa. Fondamentale a tal fine è il dettato dell'art. 2087 c.c. in virtù del quale il datore di lavoro è garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale di quanti prestano la loro opera nell'impresa; laddove egli non ottemperi a questo obbligo, l'evento lesivo verrà al medesimo ricondotto in forza del meccanismo previsto dall'art. 40 comma 2 c.p.

⁶⁸ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 10.7.2014, n. 30483

Sempre nel tentativo di apprestare una tutela il più ampia possibile al lavoratore, le norme sul punto prevedono l'estensione di responsabilità anche ai responsabili del servizio di prevenzione e protezione i quali quindi svolgono all'interno dell'impresa una funzione di mera consulenza. Avendo questi l'obbligo giuridico di collaborare con il datore di lavoro, individuando i rischi legati all'attività lavorativa e fornendo le adeguate indicazioni tecniche per risolverli, essi divengono garanti degli eventi che si verificano in conseguenza della violazione dei suddetti doveri⁶⁹.

Tanto detto in merito al particolare rigore con il quale è stata affrontata la suddetta materia, è stato da molti affermato che per far luce su un argomento così ricco di difficoltà e purtroppo sempre più presente nelle aule di udienza sia necessario tenere ben distinte le problematiche relative alla causalità da quelle relative alla colpevolezza.

La vicenda che ha fatto da scenario per profonde riflessioni anche e soprattutto in punto di nesso causale è stata quella dell'amianto.

In relazione a tale problematica, infatti, le numerose sentenze danno atto della mancanza di leggi scientifiche sulle quali vi sia unanime consenso e tale deficit conduce a pronunce dagli esiti spesso differenti.

Con riferimento al tema del nesso causale, in molti hanno rilevato che pur essendo passati più di dieci anni dalla sentenza Franzese, ancora regni qualche incertezza in ordine agli orientamenti giurisprudenziali assunti sino ad oggi.

La giurisprudenza più recente si riporta infatti alla sentenza Franzese allo scopo di utilizzare i rigorosi criteri nell'accertamento del nesso causale che essa indica relativi al grado di certezza probatoria che deve essere raggiunto per addivenire ad una condanna.

In materia di causalità dell'infortunio collegata all'esposizione all'amianto, per lungo tempo la giurisprudenza si è basata sulla teoria dell'aumento del rischio, ma tale criterio pare da ultimo essere superato dal paradigma della spiegazione causale.

Il problema si manifesta in tutta la sua pregnanza laddove vi siano due leggi scientifiche alternative ugualmente valide, accreditate ed utilizzabili nel caso concreto.

La Corte Suprema di Cassazione con la famosa sentenza Quaglierini⁷⁰ ha ricordato come, mentre sono pacifici i nessi causali tra esposizione ad amianto ed asbestosi, in relazione alle dinamiche causali del mesotelioma pleurico si contrappongono due leggi scientifiche alternative: da un lato quella che considera il mesotelioma come una patologia dose-dipendente, dall'altro quella che lo considera come conseguenza di esposizioni anche di modestissima entità al momento dell'innescò (dose – killer) e di fatto indifferente alle successive esposizioni. In base alla prima teoria l'*iter* della

⁶⁹ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 21.12.2012, n. 49821.

⁷⁰ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 4.11.2010, n. 38991

malattia è condizionato dall'incremento o dall'aggravarsi dell'esposizione; in virtù della seconda, invece, una volta assunta la prima dose – killer divengono irrilevanti le ulteriori esposizioni.

In ipotesi di tal fatta, la decisione Quaglierini ricorda che, essendo il criterio principale dell'accertamento causale quello dell'elevata credibilità logica e razionale, il giudice è tenuto non solo a dare conto delle ragioni per le quali ha ritenuto di accogliere quella determinata legge scientifica, ma deve anche escludere l'esistenza di possibili cause alternative nella produzione dell'evento.

Pertanto, laddove non esista una legge universale che consenta di stabilire con certezza le cause di un determinato evento, inevitabilmente si apre il ricorso alle leggi statistiche e (come nel caso dell'amianto) alle rilevazioni epidemiologiche. Molto si è discusso sull'utilizzabilità di queste applicazioni ai fini dell'accertamento del nesso causale. Invero, le leggi statistiche non sono in grado di “spiegare” un fenomeno, ma solo di “enumerarlo”; le rivelazioni epidemiologiche, altresì, sono utili per lo studio dei fenomeni patologici, ma certo non contribuiscono a individuare i possibili nessi causali.

Date quindi queste difficoltà nell'accertamento del nesso causale, molte pronunce hanno dato riscontro di come l'utilizzo di tali leggi scientifiche determina la violazione del principio della personalità della responsabilità penale perché, appunto, non dà risposte univoche alla questione sull'accertamento della causalità individuale del singolo caso.

Sempre in tema di morti per amianto, il filo rosso del particolare rigore si palesa ancor più laddove si ritiene dimostrato il nesso causale tra esposizione ed evento infausto ove, pur non risultando in concreto possibile determinare con esattezza il momento di insorgenza della malattia, si raggiunga comunque la prova che la condotta doverosa omissa avrebbe potuto incidere anche soltanto sul tempo di latenza o sul decorso della malattia⁷¹.

In altre pronunce, sempre relative a casi di omicidio colposo per esposizione del lavoratore ad amianto poi deceduto per mesotelioma pleurico, pur in assenza di dati certi sull'epoca di maturazione della malattia, è stato ritenuto sussistente il nesso causale tra la condotta omissiva dei responsabili aziendali e la malattia anche nel caso in cui tale condotta sia intervenuta per una parte soltanto del periodo di esposizione ad amianto del lavoratore poi deceduto, in quanto anche in caso di malattia già insorta l'omissione del datore di lavoro ne riduce i tempi di latenza o, in caso di malattia insorta successivamente, ne accelera i tempi di insorgenza⁷².

Di rilevante importanza, ai fini dell'accertamento della sussistenza del nesso causale, è anche la tematica relativa alla ricorrenza dell'elemento causale alternativo. Laddove infatti si sia in presenza di patologie neoplastiche multifattoriali, la sussistenza del nesso causale non può essere esclusa

⁷¹ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 24.5.2012, n. 33311

⁷² Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 22.3.2012, n. 24997

sulla base di un ragionamento astratto di tipo deduttivo che si limiti a riconoscere la ricorrenza di un elemento causale alternativo di innesco della malattia, dovendosi invece procedere ad una puntuale verifica – da svolgersi in concreto ed in relazione alle peculiarità di ogni singola fattispecie – relativa all'efficienza determinante dell'esposizione dei lavoratori a specifici fattori di rischio nel contesto lavorativo nella produzione dell'evento fatale (nella fattispecie il nesso causale era stato ritenuto sussistente tra l'esposizione dei lavoratori al cromo esavalente ed il loro decesso, pur avendo alcune vittime l'abitudine al fumo di sigaretta, di per sé fattore causale alternativo di potenziale innesco del tumore polmonare)⁷³.

Come quindi analizzato in questa breve disamina, il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa. Una recente pronuncia ha riconosciuto la sussistenza del nesso causale tra l'omissione del datore di lavoro e la morte del lavoratore allorquando risulti provato che se il primo avesse fornito al secondo per lo svolgimento dell'attività lavorativa un macchinario di ultima generazione, diverso ed efficiente, l'evento morte non si sarebbe verificato⁷⁴.

La giurisprudenza ritiene altresì irrilevante l'errore del datore di lavoro sulla legittima aspettativa che non si verificano condotte imprudenti dei lavoratori⁷⁵.

Invero, anche in caso di condotte errate poste in essere dal lavoratore medesimo, la giurisprudenza ritiene sussistente il nesso causale, in quanto al datore di lavoro è imposto anche di esigere il rispetto delle regole di cautela da parte del lavoratore. In tal senso il datore diviene “garante” anche della correttezza dell'agire del lavoratore⁷⁶.

In ossequio all'opera interpretativa della Suprema Corte di Cassazione, non esclude il nesso di causalità tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'evento lesivo o mortale patito dal lavoratore neanche il compimento da parte di quest'ultimo di un'operazione che, seppure inutile e imprudente, non risulti eccentrica rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate nell'ambito del ciclo produttivo⁷⁷.

Da ultimo, ma non di minore importanza, è da registrare come sia irrilevante la colpa del lavoratore, eventualmente concorrente con la violazione della normativa antinfortunistica addebitata ai soggetti tenuti ad osservarne le disposizioni⁷⁸.

⁷³ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 21.6.2013, n. 37762

⁷⁴ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 21.2.2012, n. 6854

⁷⁵ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 14.3.2012, n. 16890

⁷⁶ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 19.3.2013, n. 10712

⁷⁷ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 10.10.2013, n. 7955

⁷⁸ Vedasi Cassazione Penale, Sezione IV, 6.6.2013, n. 35115

Il nesso causale, infatti, va ravvisato indipendentemente dal fatto che l'infortunio avrebbe potuto essere evitato o ridotto nelle conseguenze da una maggiore diligenza, attenzione e prudenza del lavoratore. In altre parole, la responsabilità del datore di lavoro non viene meno in caso di colpa del lavoratore; l'infortunio viene infatti imputato al datore di lavoro in forza della posizione di garanzia rivestita, sulla base del principio dell'equivalenza delle cause *ex art. 41 comma 1 c.p.*

Data l'importanza del bene della vita e della salute del lavoratore tutelati, l'orientamento consolidato dei giudici di merito e di legittimità ritiene che il nesso causale tra la condotta e l'evento possa e debba ritenersi insussistente solo in caso di condotte assolutamente abnormi del lavoratore in ossequio al dettato dell'*art. 41 comma 2 c.p.*, come di seguito verrà analizzato. [Paola Loprieno]

VIII.

LA CONDOTTA ABNORME DEL LAVORATORE

In tema di infortuni sul lavoro è senza dubbio possibile affermare che trova piena applicazione il principio di equivalenza causale sancito dall'articolo 41 del codice penale, secondo il quale il nesso causale può essere escluso solo dal sopraggiungere di una causa autonoma e successiva, da sola sufficiente a determinare l'evento. In tal senso, una volta accertata la condotta colposa del datore di lavoro – o, più in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure idonee a prevenire l'evento - la condotta del lavoratore potrà essere valorizzata, al fine di sostenere l'assenza di responsabilità del primo, solo ove possieda i requisiti richiesti dall'articolo 41, comma 2 del codice penale e, quindi, ove sia autonoma - non in rapporto causale con la condotta del preposto - sopravvenuta e da sola sufficiente a determinare l'evento. Residuando, in caso contrario, soltanto la possibilità di valorizzare la condotta imprudente del lavoratore ai fini della graduazione della colpa del datore di lavoro e, quindi, della commisurazione della pena.

Sotto tale profilo – vale la pena di precisarlo subito – non debbono trarre in inganno le disposizioni che, a partire dal d.lgs 626/1994, hanno certamente tracciato un ruolo attivo del lavoratore nell'organizzazione della sicurezza sui luoghi di lavoro a tutela, non solo della propria salute, ma anche delle altre persone presenti sui luoghi di lavoro; sebbene, infatti, l'evoluzione normativa sia certamente nel senso di trasformare il lavoratore da “*semplice soggetto passivo, beneficiario inerte di un dovere di sicurezza interamente gravante sul datore di lavoro...*” a “*compartecipe sempre più consapevole del programma di protezione di comune interesse, sicché la distinzione tra chi controlla e chi è controllato tende ad assumere connotati diversi. Resta però sempre fermo il principio che la responsabilità dei dirigenti per l'omesso apprestamento delle misure di prevenzione non può essere esclusa dalla condotta colposa del lavoratore quando la doverosa*

adozione di queste misure avrebbe potuto evitare l'evento ed impedito il verificarsi dell'imprudenza da parte del lavoratore".⁷⁹

In proposito, anche recentemente, è stato ritenuto che *“in materia di infortuni sul lavoro, il d.lgs. nr. 626 del 1994 (ora D.Lgs. 9 aprile 2008, nr. 81) se da un lato prevede anche un obbligo di diligenza del lavoratore, configurando addirittura una previsione sanzionatoria a suo carico, non esime il datore di lavoro, e le altre figure ivi istituzionalizzate, e, in mancanza, il soggetto preposto alla responsabilità ed al controllo della fase lavorativa specifica, dal debito di sicurezza nei confronti dei subordinati. Questo consiste, oltre che in un dovere generico di formazione e informazione, anche in forme di controllo idonee a prevenire i rischi della lavorazione che tali soggetti, in quanto più esperti e tecnicamente competenti e capaci, debbono adoperare al fine di prevenire i rischi, ponendo in essere la necessaria diligenza, perizia e prudenza, anche in considerazione della disposizione generale di cui all'articolo 2087 c.c., norma di chiusura del sistema, da ritenersi operante nella parte in cui non è espressamente derogata da specifiche norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro”*⁸⁰.

E', dunque, opportuno osservare come si traduce l'applicazione della regola dell'equivalenza causale in materia di infortuni sul lavoro.

Nonostante l'accennata evoluzione della disciplina in materia, il datore di lavoro resta prigioniero di quella posizione di garanzia che fa sì ch'egli sia responsabile non solo della disattenzione del lavoratore ma anche della sua negligenza, imprudenza imperizia in ragione di, non meglio identificati, fattori di rischio insiti nell'attività produttiva, idonei ad indurre il lavoratore a comportamenti inosservanti.⁸¹ Tale principio, già in passato fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità⁸², è rimasto sostanzialmente immutato nel tempo. Così, anche in tempi recenti, numerosi arresti hanno precisato che il datore di lavoro e le altre figure istituzionalizzate sono *“garanti anche della correttezza dell'agire del lavoratore, essendo loro imposto di esigere dal lavoratore il rispetto delle regole di cautela, conseguendone, appunto in linea di principio, che la colpa dei medesimi, nel caso di infortunio sul lavoro originato dall'assenza o inidoneità delle misure di prevenzione, non è esclusa da quella del lavoratore”*; imputandosi, in tal caso, l'evento dannoso in forza della

⁷⁹ Cass.Pen., sez. III, nr. 25205 del 23 giugno 2011 (ud. 26 maggio 2011)

⁸⁰ Cass. Pen., sez. IV, sent. nr. 46438 dell'11 novembre 2014 (ud. 26 settembre 2014).

⁸¹ Pulitanò, voce *Igiene e Sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *Dpen*, VI, Torino, 1992, p. 102

⁸² Cfr. Cass. Sez. III, 14 ottobre 1983, Del Vivo, in *GP*, 1984, II, p. 480 *“le norme dettate per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese ad impedire la insorgenza di situazioni pericolose, sono dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla di lui disattenzione ma anche in riferimento a quelli ascrivibili ad imperizia, negligenza ed imprudenza dello stesso; ne consegue, pertanto, che il datore di lavoro è sempre responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure il dipendente ne faccia effettivamente uso”*:

posizione di garanzia che incombe sul datore di lavoro in ragione del principio dell'equivalenza causale^{83 84}.

E', dunque, lecito chiedersi quale sia la condotta del lavoratore idonea ad interrompere il processo causale ai fini di un'attenuazione della responsabilità del datore di lavoro.

Già in passato la Suprema Corte aveva precisato che l'esclusione in tutto o in parte della responsabilità penale degli imprenditori, dei dirigenti e dei preposti, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, fosse configurabile *“soltanto quando il lavoratore ponga in essere una condotta inopinabile, esorbitante dal procedimento di lavoro a cui è addetto e incompatibile col sistema di lavorazione, oppure che si concreta nella inosservanza da parte sua di precise disposizioni antinfortunistiche”*⁸⁵.

Tale indirizzo si presenta ancora attuale individuando le due situazioni che, secondo la giurisprudenza assolutamente dominante, sono idonee ad attenuare o elidere la responsabilità del datore di lavoro in quanto delineano un comportamento “abnorme” e, pertanto, imprevedibile del lavoratore. Si definisce “abnorme” il comportamento che *“per la sua stranezza ed imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro, L'ipotesi tipica è quella del lavoratore che violi 'con consapevolezza' le cautele impostegli, ponendo in essere una situazione di pericolo che il datore di lavoro non può prevedere e certamente non può evitare. Altra ipotesi è quella del lavoratore che provochi l'infortunio ponendo in essere, colposamente, un'attività del tutto estranea al processo produttivo o alle mansioni attribuite, realizzando in tal modo un comportamento 'esorbitante' rispetto al lavoro che gli è proprio, assolutamente imprevedibile (ed evitabile) per il datore di lavoro”*⁸⁶.

Il primo aspetto degno di nota è che la giurisprudenza di legittimità con plurime sentenze ha escluso che la condotta abnorme possa concretizzarsi in una modalità, per quanto imprevedibile, di svolgimento delle mansioni assegnate al lavoratore, dovendo trattarsi di condotta che non tragga

⁸³ Cass. Pen., Sez. IV, nr. 45359, del 27 dicembre 2010 (ud. 23 novembre 2010)

⁸⁴ Tale principio è stato recentemente ribadito, con riferimento specifico alla figura del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in Cass. Pen., sez. IV, nr. 43466, del 17 ottobre 2014 (ud 30/09/2014), ove si precisa: *“.. da ciò emerge come il coordinatore per l'esecuzione dei lavori sia titolare di un'autonoma posizione di garanzia che, nei limiti degli obblighi specificamente individuati dalla legge, si affianca a quelle degli altri soggetti destinatari delle norme antinfortunistiche, e comprende, non solo l'istruzione dei lavoratori sui rischi connessi alle attività lavorative svolte e la necessità di adottare tutte le opportune misure di sicurezza, ma anche la loro effettiva predisposizione, nonché il controllo continuo ed effettivo sulla concreta osservanza delle misure predisposte al fine di evitare che esse siano trascurate o disapplicate, nonché, infine, il controllo sul corretto utilizzo, in termini di sicurezza, degli strumenti di lavoro e sul processo stesso di lavorazione”*.

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 5 ottobre 1987, in *RP*, 1988, p.978.

⁸⁶ Cass. Pen., Sez. IV, nr. 45359, del 27 dicembre 2010 (ud. 23 novembre 2010). In termini vedi Cass. Pen., sez. IV, 14 marzo 2014, nr. 22249 *“ In tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore faccia venir meno la responsabilità del datore di lavoro, occorre un vero e proprio contegno abnorme del lavoratore medesimo, configurabile come un fatto assolutamente eccezionale e del tutto al di fuori della normale prevedibilità, quale non può considerarsi la condotta che si discosti fisiologicamente dal virtuale ideale”*.

origine dal processo lavorativo assegnato alla vittima, ma che in esso trovi semplicemente occasione; in questa prospettiva *“l'ipotesi tipica di condotta abnorme è stata individuata in quella del lavoratore che provochi l'infortunio ponendo in essere, colposamente, un'attività del tutto estranea al processo produttivo o alle mansioni attribuite, realizzando in tal modo un comportamento 'esorbitante' rispetto al lavoro che gli è proprio, assolutamente imprevedibile (ed evitabile) per il datore di lavoro come, ad esempio, nel caso che il lavoratore si dedichi ad un'altra macchina o ad un altro lavoro, magari esorbitando nelle competenze attribuite ad altro lavoratore”*⁸⁷. Ciò a dire che la condotta del lavoratore può dirsi abnorme *“quando si collochi in qualche guisa al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Tale comportamento è 'interattivo' non perché eccezionale ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare”*⁸⁸.

Ad interrompere il nesso causale tra la condotta colposa del datore di lavoro – o del preposto – e l'evento pregiudizievole derivatone non basta, quindi, un comportamento del lavoratore, pur avventato, negligente o disattento posto in essere mentre svolge il lavoro affidatogli, trattandosi, in questo caso, di comportamento connesso all'attività lavorativa o, comunque, non esorbitante da essa e, quindi, non imprevedibile ⁸⁹. In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha precisato che non integra il comportamento abnorme idoneo ad escludere il nesso di causalità tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'evento lesivo o mortale patito dal lavoratore, *“il compimento da parte di quest'ultimo di un'operazione che, seppure inutile e imprudente, non risulta eccentrica rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate nell'ambito del ciclo produttivo”*⁹⁰

Tale principio di massima ha, tuttavia, incontrato qualche eccezione, seppure a fronte di una macroscopica imprevedibilità della condotta del lavoratore ⁹¹.

Se, come abbiamo visto, la negligenza, imprudenza, imperizia del lavoratore non è sufficiente ad interrompere il nesso causale che lega l'evento e la condotta colposa del datore di lavoro, un ragionamento diverso dev'essere fatto per il comportamento coscientemente e volutamente inosservante delle norme poste a tutela della salute del lavoratore da parte di quest'ultimo. Sotto tale profilo già in passato la Suprema Corte aveva avuto occasione di distinguere la mera distrazione,

⁸⁷ Cass. Pen., sez. IV, nr. 43846, del 21 ottobre 2014 (ud. 26 settembre 2014).

⁸⁸ Cass. Pen., sez. IV, nr. 46437, dell'11 novembre 2014 (ud. 25 settembre 2014).

⁸⁹ Cfr. infra, Cass. Pen. Sez IV, 45359 del 2014.

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. IV, nr. 7955 del 2013.

⁹¹ Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, nr. 35828 del 2011 *“in tema di infortuni sul lavoro il datore di lavoro, destinatario delle norme antinfortunistiche, è esonerato da responsabilità quando il comportamento del dipendente sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che, pur rientrando nelle mansioni che gli sono proprie, sia consistito in qualcosa radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro”*. Circostanza in cui l'unica causa efficiente era considerata la condotta della lavoratrice la quale scendendo la scala con postura inversa a quella tipica e normale, pose imprudentemente i piedi sul bancone a metà del percorso per una sua macroscopicamente imprevedibile e inutile acrobazia ad evitare la quale non sarebbe servita alcuna informazione dissuasiva.

assolutamente insignificante sotto il profilo causale, rispetto al comportamento coscientemente e volutamente inosservante delle norme predisposte ai fini di tutela⁹², precisando, tuttavia, che la condotta inosservante di precetti o istruzioni o, comunque, in contrasto con particolari ordini esecutivi, è cosa ben diversa rispetto al mancato adeguamento ad un mero avvertimento di pericolo. Ciò in quanto l'obbligo dell'imprenditore di adottare le cautele idonee a prevenire ed evitare l'evento pregiudizievole è un obbligo assoluto e non può essere sostituito dall'avvertimento di pericolo rivolto al lavoratore allorché la fonte del pericolo sia proprio l'inadempienza del soggetto preposto alla sicurezza⁹³. Anche in tale caso, tuttavia, la condotta inosservante deve rivestire il carattere della eccezionalità ed è proprio sotto tale aspetto che si aprono le porte alla discrezionalità del giudice, ovvero nel distinguere il comportamento eccezionale da quello semplicemente irrituale ma certamente prevedibile ed evitabile con la dovuta diligenza. In questo senso non si è mancato di osservare che, proprio in ragione della posizione di garanzia assunta dal datore di lavoro e del suo dovere, non solo di predisporre le prescritte tutele antinfortunistiche, ma anche di pretenderne l'osservanza, il comportamento inosservante del lavoratore è idoneo ad interrompere il nesso causale solo ove le disposizioni violate siano immediate e specifiche, siano date dall'incaricato alla sorveglianza e siano violate in modo repentino ed immediato; per contro non potrà, invece, attribuirsi alcuna rilevanza alla condotta imprudente del lavoratore, in assenza di istruzioni specifiche impartite dal preposto. La condotta del lavoratore in sostanza dev'essere assolutamente imprevedibile, così da rendere inesigibile un contegno del datore di lavoro diverso rispetto a quello osservato. Anche in applicazione di tali principi, tuttavia, taluno ha correttamente osservato che nella prassi l'opinabile valutazione del giudice in merito alla prevedibilità ed evitabilità o meno dell'evento da parte del datore di lavoro, incontrerà certamente il supporto di precedenti arresti giurisprudenziali⁹⁴. Così ad esempio la Suprema Corte ha sottolineato che “ *il datore di lavoro, quale responsabile della sicurezza del lavoratore, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre ai dipendenti il rispetto della normativa, facendoli fuggire dalla tentazione, sempre presente di sottrarsi instaurando prassi di lavoro non corrette* ”⁹⁵; qualche tempo dopo la stessa Suprema Corte riconosceva l'imprevedibilità della situazione di pericolo da evitare nel caso del lavoratore deceduto per aver agito in palese violazione delle prescrizioni impostegli dal datore di lavoro⁹⁶. In altra circostanza il Supremo Giudice ha, per contro, escluso l'abnormità del

⁹² Cass. Pen. Sez. IV, 25 gennaio 1982, Valastro, in *RP* 1983, p. 344.

⁹³ Cass. Pen., Sez. I, 1 luglio 1981, Madella in *RP*, 1982 p. 440.

⁹⁴ Veneziani, in *Trattato di Diritto Penale Parte Speciale* diretto da Marinucci Dolcini, Vol III Tomo II, p. 460

⁹⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 8 ottobre 2008, nr. 39888 in *Pluris banca dati Utet*.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. III, 7 luglio 2011, nr. 38209, in *Pluris banca dati Utet*

comportamento del lavoratore che si era messo alla guida di un carrello elevatore – restando vittima di un incidente – nonostante ciò non rientrasse tra le sue mansioni ⁹⁷.

A fronte, dunque, di una prassi che certamente non è immune da valutazioni discrezionali, l'unico elemento di certezza è dato da un perdurante atteggiamento restrittivo della giurisprudenza prevalente – che si protrae da vent'anni - e che tende a restringere quanto più possibile l'ambito dell'efficacia causale della condotta del lavoratore, secondo criteri che appaiono improntati più ad esigenze politiche che a valutazioni strettamente giuridiche. [Federica Bassetto]

IX.

PREVEDIBILITÀ “SOGGETTIVA” DELL’EVENTO

Nell’ambito dei reati colposi assume notevole rilievo l’aspetto relativo alla “prevedibilità” dell’evento, intesa come prospettazione soggettiva necessaria affinché l’evento dannoso sia imputabile al soggetto agente, sia per quanto attiene il delitto colposo considerato sotto un profilo commissivo che in relazione al comportamento omissivo, rilevante ai sensi dell’art. 40 co. 2 c.p.

Va innanzitutto ricordato come l’imprevedibilità, quale causa di esclusione della colpevolezza, sia normativamente prevista dall’art. 41 comma 2 c.p. in tema di cause sopravvenute quando, in relazione all’interruzione del nesso di causa che deve sempre sussistere tra azione od omissione ed evento dannoso, si afferma, appunto, che le cause sopravvenute siano idonee ad escludere il rapporto di causalità quando siano state da sole sufficienti a determinare l’evento ed abbiano carattere di eccezionalità ed imprevedibilità.

Sul punto, si riportano alcune massime chiarificatrici della Corte Suprema: *“Ai fini dell’apprezzamento dell’eventuale interruzione del nesso causale tra la condotta e l’evento, il concetto di causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l’evento, di cui all’art. 41, comma 2, c.p., non si riferisce soltanto al caso di un processo causale del tutto autonomo – giacché la disposizione diverrebbe pressoché inutile, in quanto all’esclusione del rapporto causale si porrebbe comunque sulla base del principio condizionalistico o dell’equivalenza di cause di cui all’art. 41, c.p. comma 1 – bensì anche nel caso di un processo non completamente avulso dall’antecedente, ma sufficiente a determinare l’evento, nel senso che, in tal caso, la condotta dell’agente degrada da causa a mera occasione dell’evento. Ciò che si verifica allorché ci si trova in presenza di una causa sopravvenuta che, pur ricollegandosi causalmente all’azione o all’omissione dell’agente, si presenta con carattere assolutamente anomalo ed eccezionale (il cui apprezzamento è devoluto al Giudice di merito), ossia come un fattore che non si verifica se non in casi del tutto imprevedibili a seguito della causa presupposta”.* (Cass.Pen.,Sez.IV,n.10626/2013).

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 2013, nr. 42501 in Pluris Banca dati Utet

“Il datore di lavoro non risponde per la mancata adozione di misure atte a prevenire il rischio di infortuni ove la condotta non sia esigibile per l'imprevedibilità della situazione di pericolo da evitare. [Fattispecie nella quale l'operaio deceduto aveva agito in palese violazione delle specifiche prescrizioni impostegli dal suo datore di lavoro].

In tal caso, la condotta colposa del lavoratore assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento). (Cass.Pen.Sez.III,n.38209/2011).

“Poiché le norme di prevenzione antinfortunistica mirano a tutelare il lavoratore anche in ordine a incidenti che possano derivare da sua negligenza, imprudenza e imperizia, un comportamento anomalo del lavoratore può acquisire valore di causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento, tanto da escludere la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione, solo quando esso sia assolutamente estraneo al processo produttivo o alle mansioni attribuite, risolvendosi in un comportamento del tutto esorbitante e imprevedibile rispetto al lavoro posto in essere, ontologicamente avulso da ogni ipotizzabile intervento e prevedibile scelta del lavoratore”. (Cass.Pen.Sez.IV,n. 16422/2007).⁹⁸

Nella trattazione che segue, peraltro, il tema giuridico da esaminare è diverso da quello normativo sopra riportato, poiché da esso almeno parzialmente si discosta; non si deve infatti considerare

⁹⁸ Cass. Pen., Sez. IV, n. 4177/2006 *“In tema di responsabilità professionale del sanitario, in linea con quanto puntualizzato dalle Sezioni Unite (sentenza 10 luglio 2002, F.), nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento lesivo, il giudice potrà (anzi, dovrà) partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche che, quando esistano, costituiscono il punto di partenza dell'indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne – in un senso o nell'altro – il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l'assenza di altri fenomeni morbosi interagenti, con la sensibilità individuale a un determinato trattamento farmacologico e con tutte le altre condizioni, presenti nella persona nei cui confronti è stato omissso il trattamento richiesto, che appaiono idonee a influenzare il giudizio di probabilità logica. In una tale prospettiva, il dato statistico, lungi dall'essere considerato “ex se” privo di qualsivoglia rilevanza, ben potrà essere considerato dal giudice, nel caso concreto, ai fini della sua decisione, se riconosciuto come esistente e rilevante, unitamente a tutte le altre emergenze fattuali della specifica vicenda “sub iudice”, apprezzandosi in proposito, laddove concretamente esistenti e utilizzabili, oltre alle leggi statistiche, anche le “regole scientifiche” e quelle dettate dall'esperienza. In questo giudizio complessivo, il giudice dovrà verificare, poi, l'eventuale emergenza di “fattori alternativi” che possano porsi come causa dell'evento lesivo, tali da non consentire di poter pervenire a un giudizio di elevata credibilità razionale “al di là di ogni ragionevole dubbio” sulla riconducibilità di tale evento alla condotta omissiva del sanitario. Il giudice, infine, dovrà porsi anche il problema dell' “interruzione del nesso causale”, per l'eventuale, possibile intervento nella fattispecie di una “causa eccezionale sopravvenuta” – rispetto alla condotta “sub iudice” del medico – idonea ad assurgere a sola causa dell'evento letale (art. 41, comma 2, c.p.). Nel rispetto di tale approccio metodologico, il giudizio finale, laddove la responsabilità a carico del sanitario, non potrà che essere un giudizio supportato da un “alto o elevato grado di credibilità razionale” ovvero da quella “probabilità logica” pretesa dalla richiamata decisione delle Sezioni Unite; mentre l'insufficienza, la contraddittorietà e/o l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale e, quindi, il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico, rispetto ad altri fattori interagenti o eccezionalmente sopravvenuti nella produzione dell'evento lesivo, non potrà che importare una conclusione liberatoria. (Da queste premesse, la Corte ha, sul punto, rigettato il ricorso avverso la sentenza di condanna del sanitario, evidenziando come il giudice di merito avesse rispettato i principi sopra ricostruiti, esprimendo il proprio convincimento non solo e non tanto sul dato statistico percentuale delle probabilità di salvezza, ma inserendo tale dato in un complessivo giudizio controfattuale che lo aveva portato, in modo convincente e quindi incensurabile in sede di legittimità, a fondare in modo “processualmente certo” la responsabilità del sanitario per l'evento letale)”.*

l'aspetto della sopravvenienza di una causa autonoma che concorra a determinare l'evento dannoso ma la sussistenza all'interno dell'azione (ovvero dell'omissione) di un concetto di prevedibilità dell'evento stesso - causalmente efficiente con riguardo al medesimo - il quale consenta di attribuire al soggetto agente, ovvero al titolare di una posizione di garanzia quanto al reato omissivo, la piena responsabilità dell'azione od omissione causalmente correlate all'evento di danno.

Va altresì a questo punto subito precisato come il concetto di prevedibilità va variamente considerato a seconda del soggetto agente nel senso che, al di là del concetto omnicomprensivo della colpa dettato dall'art. 43 comma 3 c.p. (è colposo o contro l'intenzione l'evento non voluto che si verifica o per negligenza, o imprudenza, o imperizia, od inosservanza di leggi, regolamenti e discipline), la prevedibilità quale motivo di esigibilità dell'azione in capo all'agente, che cioè non ne esclude l'imputabilità, dovrà essere variamente parametrata a seconda del grado di complessità tecnico scientifica del contesto in cui si svolge l'azione, ovvero si determina l'omissione.

Si parte infatti dal criterio dell' *"id quod plerumque accidit"*, ovvero della diligenza e perizia richieste all'uomo medio, a quello ben più restrittivo quanto all'imputabilità, quando si verta in materie specialistiche (ad es. medicina od ingegneria, chimica, diritto e consimili) dove si richiede una speciale conoscenza scientifica in capo all'agente che è ben distante da quella dell'uomo medio⁹⁹

Cass. Pen., Sez. IV, n. 4177/2006 *"In tema di responsabilità professionale del sanitario, in linea con quanto puntualizzato dalle Sezioni Unite (sentenza 10 luglio 2002, F.), nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario e l'evento lesivo, il giudice potrà (anzi, dovrà) partire dalle leggi scientifiche di copertura e in primo luogo da quelle statistiche che, quando esistano, costituiscono il punto di partenza dell'indagine giudiziaria. Però, dovrà poi verificare se tali leggi siano adattabili al caso esaminato, prendendo in esame tutte le caratteristiche specifiche che potrebbero minarne – in un senso o nell'altro – il valore di credibilità, e dovrà verificare, altresì, se queste leggi siano compatibili con l'età, il sesso, le condizioni generali del paziente, con la presenza o l'assenza di altri.*

Anche con riferimento a tale aspetto, si riporta l'interpretazione prevalente della Corte di Cassazione.

"Per addebitare al soggetto, obbligato ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., la responsabilità dell'evento pregiudizievole non è sufficiente dimostrare la sua concreta conoscenza dell'accadimento che è suo

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. V del 07/05/1982 *"In tema di lesioni colpose, la mancanza di cure appropriate, dovuta ai sanitari o alla stessa persona offesa, non può ricondursi nella sfera delle cause sopravvenute, di cui al comma 2 dell'art. 41 c.p., e, quindi, non interrompe il nesso di causalità tra la condotta dell'agente e l'aggravamento o il prolungamento della malattia da tale azione provocato. Perché si verifichi l'interruzione del nesso causale occorre che l'inesatta diagnosi o la cura inadatta siano conseguenza di dolo o colpa grave del sanitario, il cui comportamento, quale causa autonoma e relativamente indipendente, assume funzione dominante nella produzione dell'evento"*.

obbligo evitare. Occorre anche provare la possibilità di disporre strumenti a ciò ostativi. La causalità omissiva ha, infatti, natura normativa e non naturalistica e non potrebbe qualificarsi come “posizione di garanzia” quella che annovera soltanto un obbligo di vigilanza, senza che il dovere sia accompagnato da effettivi poteri impeditivi, tali da consentire al soggetto di evitare il verificarsi dell’evento” (Cass.Pen.Sez.V,n.28932/2011).

“Nel delitto di omicidio colposo consistito in un tumore occorso a soggetto esposto ad amianto, qualora il datore di lavoro abbia omissa di controllare le polveri mediante le misure indicate dal comune buon senso e dalle acquisizioni tecniche dell’epoca, non può negarsi la esigibilità della condotta, né la prevedibilità dell’evento, prevedibilità che è la rappresentazione della potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non la rappresentazione “ex ante” dell’evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione” (Cass.Pen.Sez.IV,30/03/2000).

9.1 L’evitabilità dell’evento e la causalità della colpa

Poco sopra si è introdotto il tema che qui si esamina e che si ritiene assai rilevante, poiché rende coerente alla costituzione il principio dell’addebitabilità cosciente della colpevolezza, evitando cioè di giungere a forme di responsabilità oggettiva, come accadrebbe nel caso si ritenesse sufficiente a sostenere l’affermazione della responsabilità penale personale, esclusivamente basandosi sulla sussistenza del solo nesso eziologico tra azione od omissione ed evento, senza cioè che abbia rilievo la percezione soggettiva da parte dell’agente dell’azione od omissione che integrano la fattispecie criminosa.

Per comprendere appieno i contorni della responsabilità colposa, si deve avere riguardo dell’atteggiamento psicologico dell’agente, il quale ha l’obbligo giuridico preventivo (anche in ossequio al principio dettato dall’art. 5 c.p., che esclude come esimente l’ignoranza della norma penale incriminatrice) di considerare le conseguenze derivanti dal suo agire o non agire; cosicché egli dovrà rispondere per colpa tutte le volte in cui non abbia tenuto conto di tali conseguenze, violando così le regole di diligenza, perizia, prudenza nonché l’obbligo di osservare la legge.

La valutazione preventiva che deve svolgere l’agente dovrà essere valutata con giudizio “*ex ante*” dal giudice, ovvero considerata ponendosi nelle stesse condizioni dell’agente, prima dell’azione che ha determinato o concorso a determinare l’evento, ancorché si tratti di omissione.

Così ha sempre sostenuto la Corte di Cassazione: *“In tema di colpa generica, l’individuazione della regola cautelare non scritta va effettuata provvedendo, prima, a rappresentare l’evento nei suoi elementi essenziali e, poi, a formulare l’interrogativo se tale evento fosse prevedibile ex ante ed evitabile con il rispetto della regola in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico – scientifiche e*

delle massime di esperienza” (Cass.Pen.Sez.IV,n.36400/2013). “In tema di reati colposi, l’addebito soggettivo dell’evento richiede non soltanto che l’evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall’agente con l’adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione ‘ex ante’, non avrebbe potuto comunque essere evitato”. [Fattispecie in cui imponenti colate di fango, dovute ad intensissime precipitazioni di pioggia, provocarono nel comune di Sarno 137 morti nella popolazione investita dal disastro naturale] (Cass.Pen.Sez.IV,n. 16761/2010).

Ove tale giudizio *ex ante*, svolto secondo i suddetti rigorosi criteri ermeneutici, porti ad affermare che non era prevedibile per l’agente, il quale si sia posto nelle migliori condizioni di cautela, prevedere che la sua azione od omissione abbia eziologicamente realizzato o concorso a realizzare l’evento dannoso, egli non ne potrà rispondere penalmente poiché viene meno l’elemento soggettivo richiesto per la punibilità del reato da parte della norma incriminatrice.

Ci si troverà in quest’ultimo caso dinanzi ad un’ipotesi di condotta alternativa a quella che avrebbe evitato (o concorso ad evitare, o comunque a rendere meno grave) l’evento che tuttavia sarà lecito, perché non soggettivamente imputabile all’agente con un giudizio di rimprovero comunque fondato su negligenza, od imprudenza, imperizia ovvero inosservanza di leggi o regolamenti (ovvero più di queste stesse mancanze assieme).

In questo caso, invero, di liceità di una condotta positiva od omissiva comunque causalmente collegata con l’evento dannoso, non potrà mai ritenersi insussistente la fattispecie criminosa nella sua materialità, ma il giudice dovrà in ogni caso, dopo un rigoroso percorso valutativo e motivazionale di accertamento dell’elemento soggettivo del reato con valutazione (lo si ripete) *ex ante*, assolvere l’interessato perché il fatto non costituisce reato, lasciando quindi libera l’iniziativa in sede civile al fine di ottenere l’eventuale risarcimento del danno da parte della persona danneggiata dall’evento dannoso.

9.2 *Rapporti tra illeciti contravvenzionali di mera condotta e delitti colposi di evento (in specie omicidio colposo e lesioni colpose ex artt. 589 e 590 c.p.)*

Fino a questo momento si è trattato il tema della condotta colposa “lecita” nei reati di evento; vediamo ora quali significative considerazioni debbono svolgersi quanto ai reati di mera condotta in relazione alla colpa, per valutare se sia o meno possibile ravvisare, anche con riferimento agli stessi, una non imputabilità al soggetto autore materiale di quegli stessi reati, sia in forma commissiva che in forma omissiva.

In generale, ci sentiamo di poter affermare che anche alla suddetta tipologia di reato sono applicabili i criteri dettati per i reati di evento quanto alla inesigibilità e quindi non prevedibilità della condotta.

Va peraltro detto che, in tali casi di reato di mera condotta, è veramente estremamente rigoroso e limitato il campo di applicazione di quella stessa esimente soggettiva, poiché in quei casi l'azione od omissione colposa si traduce pressoché automaticamente in una ignoranza della legge penale che, ai sensi dell'art. 5 c.p., non può essere mai addotta come esimente della responsabilità dell'agente.

Sul punto, tuttavia, vi è un importante temperamento dettato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988 (pronunciato in ordine alla costituzionalità del suddetto art. 5 c.p.) che è entrata, risolvendola in senso favorevole all'autore dell'illecito, proprio nel cuore del tema relativo all'elemento soggettivo del reato, anche colposo, affermando che, dinanzi a normative altamente specialistiche in continua evoluzione, non è esigibile in capo all'agente, pur diligente, una conoscenza immediata e completa conforme all'ordinamento giuridico, quanto meno da un punto di vista soggettivo.

Fatta tale precisazione, vale la pena di affrontare – trattando il tema di reato colposo – le importanti questioni giuridiche che si presentano, vuoi in materia di violazioni della normativa sulla tutela dell'incolumità dei lavoratori o dell'inquinamento, vuoi in materia di violazione delle norme sulla circolazione stradale (per lo più contravvenzioni di mera condotta) e gli eventi colposi di danno di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

E' normale prassi giudiziaria come possa coesistere una responsabilità colposa in relazione alle suddette contravvenzioni, mentre invece vada esclusa la responsabilità per l'evento danno (ben più grave delitto).

Quest'ultimo caso può realizzarsi, unicamente, quando difetti il nesso causale tra la contravvenzione di mera condotta realizzata dall'autore e l'evento e quando, indipendentemente dalla stessa, non residuino comunque aspetti di colpa generica (art. 43 comma 2 c.p.) in nesso causale con quello stesso evento (e perciò con il delitto!).

In questi casi, tuttavia, la responsabilità dovrà dirsi esclusa per insussistenza del fatto e non per difetto dell'elemento soggettivo, a meno che il giudice – una volta escluso il nesso tra reati contravvenzionali di mera condotta (norme speciali) ed evento – abbia ravvisato la sussistenza di una colpa "lecita" riferita alla colpa generica, secondo i criteri individuati nel paragrafo che precede il presente.

9.3 *Problematiche specifiche: amianto, terremoto, etc.*

A questo punto del presente lavoro, in un doveroso tentativo di una pur sintetica completezza del tema trattato, non possono non considerarsi le problematiche relative alla responsabilità colposa sotto il profilo soggettivo quando, oggettivamente, in un dato momento storico di conoscenza scientifica non è dato sapere degli eventi nefasti dell'esposizione ad un certo materiale (ad es. amianto) o del verificarsi di un evento disastroso o catastrofico (terremoto, crollo di pareti rocciose) allo stato della conoscenza del tutto improbabile, ancorché fenomenologicamente sempre possibile.

La giurisprudenza si è trovata e si trova a dover affrontare simili temi e ha spesso risolto la questione della responsabilità colposa sotto il profilo soggettivo, superando anche il concetto di prevedibilità naturalistica (o specialistica) dell'agente in sfavore di quest'ultimo.

Per risolvere le problematiche connesse a simili temi, la giurisprudenza è giunta invero ad elaborare vari principi ermeneutici che consentano di poter affermare un'effettiva "esigibilità" in capo all'agente di un'azione di cautela in un momento di non previsione/prevedibilità dell'evento dannoso.

Il criterio in parola è quello della "precauzione": ove ci si trovi in una situazione di sconoscenza, o comunque di limitata conoscenza dei rischi o, meglio ancora, quando vi sia anche il solo sospetto di un rischio concreto (ad esempio alla salute dei lavoratori), l'agente dovrà adottare un principio prudenziale diretto a prevenire l'evento futuro ed incerto, anzi incertissimo, di danno, ancorché non ne possa ragionevolmente (o scientificamente) conoscere nemmeno i contorni (vedasi sentenza IV Sez. Cass. 30.03.2000, sopra riportata).

Naturalmente, in base all'esigenza di concretezza che richiede la norma in tema di responsabilità, anche colposa (la mera ipotesi non ha campo d'azione, pena il fallimento dell'intero sistema sanzionatorio per incertezza nell'individuazione della condotta cosciente censurabile), dovrà perciò utilizzarsi un criterio di temperamento nella valutazione dell'adeguatezza del comportamento umano di prevenzione, rispetto alla possibile futura minaccia, in modo tale che il destinatario della norma di garanzia sia in grado di coscientemente agire al fine della sua realizzazione.

Illuminante, con riguardo al principio sopra ricordato, è la sentenza della Corte Suprema, che qui si riporta: *"Il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso va compiuto con l'utilizzazione del criterio dell'agente modello ("homo eiusdem professionis et condicionis") quale agente ideale in grado di svolgere al meglio il compito affidatogli; in questo giudizio si deve tener conto non solo di quanto l'agente concreto ha percepito ma altresì di quanto l'agente modello avrebbe dovuto percepire valutando anche le possibilità di aggravamento di un evento dannoso in atto che non possano essere ragionevolmente escluse. La prevedibilità dell'evento dannoso, ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, va compiuto utilizzando anche le leggi scientifiche pertinenti, se*

esistenti; in mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l'accertamento della causalità) ferma restando la distinzione con il principio di precauzione che prescinde dalla concretezza del rischio” (Cass. Pen. Sez. IV, n. 16761/2010). [Luigi Ravagnan]

X.

FOCUS - D.LGS. 231/2001

Il D.Lgs.231/01 “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300*” ha dato attuazione alla L. 300/2000 ratificante e attuativa delle Convenzioni internazionali alle quali l'Italia ha aderito:

- Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;
- Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione in cui siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione, del 26 maggio 1997;
- Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, del 17 settembre 1997.

Il Legislatore, dunque, al fine di rispondere, da un lato, alle esigenze di repressione di alcuni crimini, in particolare la corruzione di pubblico ufficiale, sempre più diffusa nel tessuto socio-economico nazionale e internazionale e, dall'altro, ottemperare agli obblighi previsti dalla Convenzione OCSE, ha ideato, con la disciplina delegata del D.Lgs. 231/2001, un *terzo genius* di responsabilità: una responsabilità, conseguente da reato, legata cioè alle garanzie del processo penale ma divergente, in non pochi punti, dal paradigma dell'illecito amministrativo classicamente desunto dalla L. 689 del 1981, in cui il Legislatore ha coniugato i tratti essenziali del sistema penale, sotto il profilo delle garanzie tipiche del processo penale e di quello amministrativo, superando i limiti dell'applicabilità del sistema penale ad un soggetto diverso rispetto alla persona fisica (ex art. 27 Costituzione), nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia.

Recentissima la decisione del Supremo Collegio, S.U., che nella sentenza n. 38343/14 del 18/9/2014 ha considerato “*senza dubbio il sistema (...) un corpus normativo di peculiare impronta, un tertium genius (...) che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel*

tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia".

Il Supremo Collegio non ha dubbio alcuno che *"il complesso normativo sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione del reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento"* e supera ogni ipotetico vulnus costituzionale arrivando ad *"escludere che sia violato il principio della responsabilità per fatto proprio."*

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la migliore dottrina avevano, peraltro, sempre concordato, nel ritenere che le imprescindibili garanzie del diritto penale dovessero essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte "etichette" giuridiche che il Legislatore intendeva apporre.

Da ciò l'esigenza, fortemente avvertita, del Legislatore delegato di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, quantomeno sotto il profilo afflittivo, si dimostrasse rispettoso del principio fondamentale della colpevolezza.

In estrema sintesi, dunque, si può affermare che ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà non soltanto che un reato (tra le fattispecie tassativamente stabilite) sia stato commesso da uno dei soggetti riferibili alla catena di comando dell'ente medesimo e sia ricollegabile, sul piano oggettivo, all'ente (anche privo di personalità giuridica), ma è necessario che la consumazione del reato costituisca espressione diretta della politica aziendale dell'ente.

10.1 I reati tassativamente previsti dal D.Lgs. 231/01

L'elenco tassativo dei reati è stato oggetto di una progressiva espansione.

Il Legislatore, infatti, dal varo del D.Lgs. 231/01 ad oggi, ha enormemente accresciuto il novero dei reati catalogati, in funzione delle rinnovate esigenze di prevenzione che nel tempo sono maturate, frutto evidentemente di una rilevante evoluzione criminale; a ciò bisogna aggiungere i numerosi interventi legislativi volti ad un aggravamento sanzionatorio delle singole fattispecie già previste.

Tra gli interventi più recenti e più importanti, quello della L. 6/11/2012 n. 190¹⁰⁰ che ha modificato alcune fattispecie di reato, quali quelle previste ex art. 317 c.p., art. 318 c.p., art. 319 quater c.p., oltre che l'art. 2635 c.c. o quello del D.Lgs. 4/3/2014 n. 39 in tema di pornografia minorile.

¹⁰⁰ L. 6-11-2012 n. 190 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 13 novembre 2012, n. 265.

Espressamente previsti agli artt. 24-25 *duodecies*, nella tabella riassuntiva di seguito illustrata, l'elenco aggiornato dei reati tassativamente catalogati, con l'indicazione della sanzione astrattamente prevista per ciascuno:

1. Malversazione a danno dello Stato (art. 316 bis c.p.)	fino a 500 q
2. Indebita percezione di contributi, finanziamenti o altre erogazioni da parte dello Stato o di altro ente pubblico (art. 316-ter c.p.)	fino a 500 q
3. Truffa in danno dello Stato (art. 640, c. 2, n. 1, c.p.)	fino a 500 q
4. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 bis c.p.)	fino a 500 q
5. Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640 ter c.p.)	fino a 500 q
6. Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 317 c.p.)	300/800 q
7. Corruzione: per un atto di ufficio (art. 318 c.p.)	fino a 200 q
8. Corruzione: per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.)	200/600 q
9. Corruzione: in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.)	200/600 q
10. Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater)	300/800 q
11. Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.)	200/600 q
12. Istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.) -	200/600 q
13. Peculato, concussione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità Europee (art. 322-bis c.p.)	200/600 q
14. False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) - in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, 1 e 3 comma, c.c.)	200/300 q 300/600 q 400/800 q
15. Falsità nelle relazioni e nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, 1 e 2 comma, c.c.)	200/260 q 400/800 q
16. Falso in prospetto (art. 2623, 1 e 2 comma, c.c.)	200/260 q 400/660 q
17. Impedito controllo (art. 2625, 2 comma, c.c.)	200/360 q
18. Indebita restituzione di conferimenti (art. 2626 c.c.)	200/360 q

19. Illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.)	200/260 q
20. Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.)	200/360 q
21. Operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.)	300/660 q
22. Omessa comunicazione del conflitto d'interesse (art. 2629-bis)	400/1000 q
23. Formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.)	200/360 q
24. Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.)	300/660 q
25. Illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.)	300/660 q
26. Aggiotaggio (art. 2637 c.c.)	400/1000 q
27. Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.)	400/800 q
28. Corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 c.c.	200/400 q
29. Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis)	200/700 q
30. Assistenza agli associati (art. 270-ter);	200/700 q
31. Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270- quater);	400/1000 q
32. Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quinquies);	200/700 q
33. Condotte con finalità di terrorismo (art. 270-sexies);	200/700 q
34. Attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280);	400/1000 q 200/700 q
35. Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (art. 280-bis);	200/700 q
36. Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis);	400/1000 q
37. Istigazione a uno dei reati sopra elencati (art. 302);	200/700 q
38. Aggravante applicabile a qualsiasi reato ove commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine	

democratico (art. 1 della legge 15/1980);	
39. Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.);	400/1000 q
40. Prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.);	300/800 q
41. Pornografia minorile (art. 600-ter c.p.);	200/700 q
42. Detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater c.p.);	200/700 q
43. Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 quinquies c.p.);	300/800 q
44. Tratta di persone (art. 601 c.p.);	400/000 q
45. Acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.);	400/1000 q
46. Pornografia virtuale (art. 600-quater.1 c.p.).	200/700 q
47. Abuso di informazioni privilegiate (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 184);	400/1000 q
48. Manipolazione del mercato (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 185)	400/1000 qu
49. Reati di associazione (es. associazione per delinquere, art. 416 c.p.; associazione di tipo mafioso anche straniera, art. 416-bis c.p.; associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, art. 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, art. 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).	400/1000 q
50. Reati concernenti il traffico di migranti (disposizioni contro le immigrazioni clandestine (art. 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).	400/1000 q
51. Reati di intralcio alla giustizia (induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria, art. 377-bis c.p.)	fino a 500 q
52. Art. 589 c.p. (Omicidio colposo) con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro	1000 q 250/500 q

53. Art. 590 terzo comma lesioni gravi o gravissime	Fino a 250 p
54. Ricettazione (art. 648 c.p.)	200/800 q
55. Riciclaggio (art. 648-bis c.p.)	200/800 q
56. Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.)	200/800 q
57. Accesso abusivo a un sistema informatico o telematico (art. 615 ter c.p.)	100/500 q
58. Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615 quater c.p.)	fino a 300 q
59. Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615 quinquies c.p.)	fino a 300 q
60. Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617 quater c.p.) -	100/500 q
61. Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617 quinquies c.p.)	100/500 q
62. Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635 bis c.p.) e utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635 ter c.p.)	100/500 q
63. Associazione per delinquere (art. 416 c.p.)	400/1000 q
64. Associazioni di tipo mafioso anche straniere (art. 416 bis c.p.) -	400/1000 q
65. Scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 ter c.p.) -	400/1000 q
66. Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione (art. 630 c.p.)	400/1000 q
67. Delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo (art. 407 c.p.p.)	300/800 q
68. Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze	400/1000 q

stupefacenti o psicotrope (art. 74 D.P.R. n. 309/1990)	
69. Turbata libertà dell'industria e del commercio (art. 513 c.p.)	fino a 500 q
70. Illecita concorrenza con minaccia e violenza (art. 513 bis c.p.)	fino a 800 q
71. Frodi contro le industrie nazionali (art. 514 c.p.)	fino a 800 q
72. Frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.)	fino a 500 q
73. Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.)	fino a 500 q
74. Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale (art. 517 ter c.p.)	fino a 500 q
75. Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art. 517 quater c.p.)	fino a 500 q
76. Delitti in materia di diritto d'autore	fino a 500 q
77. Contraffazione, alterazione o uso di marchio segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.)	fino a 500 q
78. Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.)	fino a 500 q
I) I reati in materia di ambiente contenuti nel codice penale	
79. Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette (art. 727-bis c.p.)	fino a 250 q
80. Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto (art. 733-bis c.p.)	150/250 q
II) I reati in materia di ambiente contenuti nel D.lgs n. 152/2006	
81. Art. 137 (Scarico di acque) [comma 2] Effettuazione di scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione oppure dopo che l'autorizzazione sia stata sospesa o revocata quando gli scarichi contengono le sostanze pericolose individuate nelle tabelle 5 e 3/A dell'All. 5 del decreto (ad es. Arsenico, Cadmio, Cromo, Mercurio)	200/300 q
82. Art. 137 (Scarico di acque) [comma 3] Scarico di acque reflue industriali contenenti le	150/250 q

sostanze pericolose (individuata nelle tabelle 5 e 3/A dell'All. 5 del decreto) senza osservare le prescrizioni dell'autorizzazione, o le altre prescrizioni dell'autorità competente	
83. Art. 137 (Scarico di acque) [comma 5] Superamento, nell'effettuazione di uno scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose (succitate), dei valori limite fissati nella tabella 3 (200/300 quote) o, nel caso di scarico sul suolo, nella tabella 4 dell'Alleg. 5 del decreto oppure dei limiti più restrittivi fissati dalle regioni o dalle province autonome o dall'Autorità competente	200/300 q 150/250 q
84. Art. 137 (Scarico di acque) [comma 11] Inosservanza dei divieti di scarico al suolo e dei divieti di scarichi nel sottosuolo e nelle acque sotterranee di cui agli art. 103 e 104 del Decreto	200/300 q
85. Art. 137 (Scarico di acque) [comma 13] Scarico nelle acque del mare da parte di navi e aeromobili di sostanze per la quali sussiste il divieto assoluto di sversamento ai sensi delle Convenzioni Internazionali (salvo che non siano in quantità tali da essere resi rapidamente innocui da processi fisici, chimici e biologici)	150/250 q
86. Art. 256 (Rifiuti) [comma 1, lett. a] Attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio e intermediazione di rifiuti svolta in mancanza della prescritta autorizzazione (artt. da 208 a 216 del decreto)	fino a 250 q
87. Art. 256 (Rifiuti) [comma 1, lett. b] medesima fattispecie di cui alla lett. a), riferita però ai rifiuti pericolosi	150/250 q
88. Art. 256 (Rifiuti) [comma 3 primo periodo] Realizzazione o gestione di una discarica non autorizzata	150/250 q
89. Art. 256 (Rifiuti) [comma 3 primo periodo) Realizzazione o gestione di una discarica non autorizzata destinata, anche solo in parte, allo smaltimento di rifiuti pericolosi	200/300 q
90. Art. 256 (Rifiuti) [comma 5] Attività non consentita di miscelazione dei rifiuti in violazione del divieto di cui all'art. 187 del Decreto	150/250 q

91. Art. 256 (Rifiuti) [comma 6] Deposito temporaneo presso il luogo di produzione di rifiuti sanitari pericolosi in violazione dell'art. 227 del decreto	fino a 250 q
92. Art. 257 [comma 1] Inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o sotterranee con superamento delle concentrazioni soglia di rischio (in mancanza di bonifica in conformità ai dettami del Decreto)	fino a 250 q
93. Art. 257 [comma 2) medesima fattispecie di cui al co. I, ma con inquinamento provocato da sostanze pericolose	150/250 q
94. Art. 258 - Violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari [comma 4] False indicazioni, nella predisposizione di un certificato di analisi di rifiuti, sulla natura, sulla composizione e sulle caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti, e utilizzo di certificato falso durante il trasporto	150/250 q
95. Art. 259 [comma 1] Traffico illecito di rifiuti	150/250 q
96. Art. 260[comma 1] Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti	300/500 q
97. Art. 260 [comma 2] Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti ad alta radioattività	400/800 q
98. Art. 260-bis (Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti) [comma 6] predisporre un certificato di analisi dei rifiuti, utilizzato nell'ambito del sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti, in cui sono fornite false indicazioni sulla natura composizione e caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti	150/250 q
99. Art. 260-bis (Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti) [comma 7, secondo periodo] omissione, nel trasporto di rifiuti pericolosi, di accompagnamento degli stessi con copia cartacea della scheda sistemi- area movimentazione	150/250 q
100. Art. 260-bis (Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti) [comma 7, terzo periodo] utilizzo,	150/250 q

durante il trasporto, di un certificato di analisi di rifiuti contenente false indicazioni	
101. Art. 260-bis (Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti) [comma 8, primo periodo] accompagnamento del trasporto di rifiuti con copia cartacea della scheda sistri-area movimentazione fraudolentemente alterata.	150/250 q
102. Art. 260-bis (Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti) [comma 8, secondo periodo] medesima fattispecie di cui al primo periodo ma con riferimento a rifiuti pericolosi	200/ 300 q
103. Art. 279 (Immissioni nell'aria) [comma 5] Superamento, nell'esercizio di uno stabilimento, dei valori limite di emissione	fino a 250 q
III) I reati ambientali rilevanti ex D.lgs. 231/01 contenuti nella L. n. 150 del 1992	
104. Art.2[comma 1] in Violazione di Regolamento CE 338/97, importazione o esportazione senza la prescritta licenza, di specie di animali o vegetali di cui all'allegato A del Regolamento stesso (ad es. Lince, Lupo, Yack selvatico) o inosservanza delle prescrizioni finalizzate all'incolumità degli animali	fino a 250 q
105. Art.2 [comma 2] medesima fattispecie di cui al I comma, in caso di recidiva	150/250 q
106. Art. 6 la detenzione di mammiferi e rettili che possono costituire pericolo per la salute e l'incolumità pubblica	fino a 250 q
IV) I reati ambientali rilevanti ex D.lgs 231/01 contenuti nella L. n. 549 del 1993 (Legge sulla tutela dell'ozono)	
107. Art. 3 [comma 6] Produzione, consumo, importazione o commercializzazione della sostanza lesiva di cui alla tabella A della stessa legge (idrocarburi idrogenati contenenti fluoro e cloro)	150/250 q
V) I reati ambientali rilevanti ex D. lgs 231/01 contenuti nel D.Lgs n. 202 del 2007 sull'inquinamento provocato da navi	

108. Art. 8 [comma 1] Sversamento doloso in mare delle sostanze inquinanti di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) del D.lgs 202/2007 (ad es. idrocarburi)	150/250 q
109. Art. 8 [comma 2] medesima fattispecie di cui al co. 1, quando detto sversamento cagioni danni permanenti o comunque di particolare gravità alla qualità delle acque, o a specie animali o vegetali	200/300 q
110. Art. 9 [comma 1] Sversamento colposo in mare delle sostanze inquinanti di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) del D.lgs 202/2007 (ad es. idrocarburi)	fino a 250 q
111. Art. 9 [comma 2] medesima fattispecie di cui al comma 1, quando detto sversamento cagioni danni permanenti o comunque di particolare gravità alla qualità delle acque, o a specie animali o vegetali	150/250 q
114. Impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato [Articolo introdotto dal d.lgs. n. 109 del 16 luglio 2012]	100/200 q (entro il limite di € 15.000)

Preso atto dell'intero e corposo catalogo dei reati presupposto previsto dalla legge, è necessario rilevare che solo con l'inserimento dell'art. 25^{septies}, derivante dalla L. 123/2007 in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e dell'art. 25^{undecies} in tema di reati ambientali, con il D.Lgs. 121/2011, si è determinata la maggiore diffusione della disciplina 231: sia sotto il profilo interpretativo dell'analisi della ratio normativa nel suo complesso, sia sotto il profilo attuativo ed applicativo in concreto della disciplina.

Ciò per l'intuibile maggiore frequenza con cui si accertano le violazioni colpose di norme di massima diffusione e dalle quali è possibile svolgere un'analisi di responsabilità aziendale in funzione di un'antidoverosa politica aziendale.

10.2 *Ambito di applicazione della disciplina*

Le disposizioni del D.Lgs. 231/01 si applicano, come disposto dall'art. 1, agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

Non si applicano, invece, allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

In base al dato normativo, si devono dunque ritenere esonerati dagli effetti della disciplina, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici, dovendovi includere – come espressamente stabilito dalla relazione ministeriale al decreto – tutte le Pubbliche Amministrazioni, in quanto indispensabili articolazioni dello Stato.

La natura pubblicistica di un ente è, tuttavia, condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione: deve infatti necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo, di tal ch  la Cassazione¹⁰¹ ha ritenuto applicabile la disciplina in oggetto a tutti i soggetti pubblici economici, che esercitino un'attivit  economica, al pari delle societ  commerciali a partecipazione pubblica.

Rientrano nell'ambito di applicazione della normativa anche gli enti con fini ideali o altruistici, in forma di associazioni (riconosciute e non) e fondazioni¹⁰², le O.N.LU.S., dato che detta normativa si applica anche agli enti non commerciali, alle A.T.I. - Associazione temporanea d'Impresa¹⁰³, ai Gruppi di societ  e holding¹⁰⁴, per cui nell'ambito di un gruppo di societ , l'attivit  corruttiva posta in essere dall'amministratore della controllante, al fine di ottenere, ad esempio, l'aggiudicazione o il rinnovo di un appalto di servizi in favore di una controllata, implica la responsabilit  amministrativa della controllante ex art. 5 D.Lgs. 231/01, in quanto preordinata al soddisfacimento dell'interesse di gruppo, nonch  alle societ  straniere operanti in Italia¹⁰⁵.

10.3 *La responsabilit  amministrativa da reato*

Il Legislatore ha inteso aggiungere alla responsabilit  penale della persona fisica che materialmente consuma il reato espressamente previsto dalla Legge (ex artt. 24-25 *duodecies*), una responsabilit 

¹⁰¹ Ex plurimis - Cass. Sez.2, n. 28699 del 21/7/2010

¹⁰² L'art. 1, comma 2, D.lg. 231/01 estende l'applicabilit  delle disposizioni in esso contenute agli enti forniti di personalit  giuridica, alle societ  e alle associazioni prive di personalit  giuridica. Conferma indiretta si ricava anche dall'art. 27 del decreto che, nello stabilire che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio, sembra fare diretto riferimento proprio alle fondazioni posto che nella sistematica del codice civile il richiamo al patrimonio rimanda, oltre che alle strutture societarie e alle associazioni non riconosciute, proprio alle fondazioni. Tib. Milano, sez. XI, 26 giugno 2008, in Foro ambrosiano 2008, 3, 335.

¹⁰³ Cass. Pen. SS.UU. n. 26654 del 2/7/2008

¹⁰⁴ La Suprema Corte, affrontando per la prima volta il tema, ha affermato che la societ  capogruppo pu  essere chiamata a rispondere, ai sensi del D.Lgs. n. 231/01, per il reato commesso nell'ambito dell'attivit  di altra societ  del gruppo, purch  nella sua consumazione concorra una persona fisica che agisca per conto della holding perseguendo anche l'interesse di quest'ultima. Cass. Pen., sez. V, n. 24583/2011. CED Cass. Pen.

¹⁰⁵ La disciplina del D.Lgs. 231/2001 si applica anche alle persone giuridiche straniere che operano in Italia: pertanto, la circostanza che la legge del Paese dove ha sede la societ  nei confronti della quale il provvedimento cautelare interdittivo viene richiesto, non preveda n  sanzioni interdittiva, n  l'obbligo di adottare i precisi modelli organizzativi e di controllo delineati dalla legge italiana, non consente di ritenere che il provvedimento di interdizione richiesto dal P.M. esorbiti i limiti spaziali della giurisdizione italiana. Trib. Milano, 27 aprile 2004, in Foro Italiano, 2004, II, 434.

in capo alla complessiva organizzazione aziendale, distinta da quella degli individui che la compongono, denominata <<colpa di organizzazione>>, ascrivibile all'ente (cioè all'azienda, società, associazione, fondazione, ecc.) per il reato commesso da un soggetto apicale o da un suo sottoposto.

Così, l'art. 5 del D.lgs. n. 231/01 prevede che l'ente sia responsabile per i reati commessi “*nel suo interesse o a suo vantaggio*” da persone che rivestono il ruolo di soggetti in posizione apicale all'interno dell'ente ovvero da soggetti subalterni ai primi.

Sono da considerarsi soggetti apicali (secondo la previsione della lett. a) dell'art. 5 citato), le persone che rivestono “*funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale*”, nonché “*persone che esercitino anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso*”.

Generalmente si considerano figure apicali i rappresentanti *ex lege* della società nonché i rappresentanti muniti di procura; gli amministratori, delegati e non, anche se dipendenti della società; i direttori generali; i soggetti delegati ad esempio per lo svolgimento delle funzioni in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 16 D.lgs. n. 81/2008, sempre che assumano, in concreto, un pieno ed effettivo potere decisionale ed organizzativo.

Sono, invece, da considerarsi soggetti sottoposti alle figure apicali, con rilievo ai fini dell'applicazione della disciplina, ex art. 5, lett. b), le “*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*” dei c.d. soggetti apicali.

Il D.lgs. 231/01 ha, pertanto, introdotto una responsabilità da illecito avente natura composita che presuppone la commissione di un reato presupposto, tassativamente previsto, della cui consumazione l'ente è chiamato a rispondere indipendentemente dalla responsabilità penale del soggetto che ha consumato, materialmente, il reato presupposto.

La disciplina intende aggiungere alla responsabilità penale della persona fisica, una responsabilità capace di coinvolgere l'insieme delle persone che fanno capo all'organizzazione dell'ente, distinta da quella degli individui che la compongono: in tal senso si può affermare che la ragione giuridica della responsabilità amministrativa dell'ente è da ricondurre alla c.d. “colpa di organizzazione”, ascrivibile all'ente stesso per il reato commesso da un soggetto apicale o da un suo collaboratore “*nel suo interesse o a suo vantaggio*” come indicato nella normativa.

La distinzione del soggetto che consuma la fattispecie di reato presupposto, ha profonda rilevanza poiché la disciplina prevede conseguenze differenti sia con riferimento all'analisi degli elementi necessari a che la condotta risulti rilevante ex D.lgs. 231/01, sia con riferimento all'aspetto – delicatissimo – dell'onere probatorio, in relazione all'esonero della responsabilità in virtù della sussistenza di un Modello di organizzazione e gestione dell'ente.

Sotto il primo profilo: **analisi della condotta penalmente rilevante.**

L'**art. 5** del D.lgs. n. 231/2001 prevede come l'ente sia responsabile per i reati commessi “*nel suo interesse o a suo vantaggio*” da persone che rivestano “*funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale*” (lett. a), nonché da “*persone che esercitino anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso*” (lett. b).

E' necessario, dunque, non solo accertare la consumazione di un reato tra quelli tassativamente previsti dalla legge, ma anche che il detto reato sia stato consumato dal soggetto – apicale (sub lett. a) o sottoposto all'altrui direzione (sub lett. b) - **nell'interesse o a vantaggio dell'ente.**

Sarà dunque necessario indagare se le condotte illecite poste in essere dai soggetti dell'ente siano state poste in essere a vantaggio o nell'interesse dell'ente e non già, piuttosto, nell'interesse proprio o di terzi.

In tale ultimo caso, infatti, non vi sarebbe alcuna responsabilità dell'ente medesimo.

I criteri di imputazione del vantaggio e dell'interesse che, come già indicato nella relazione governativa al decreto legislativo, devono venir individuati in rapporto di alternatività, devono essere accertati secondo un preciso schema d'indagine:

- il criterio dell'interesse, esprimendo una valutazione teleologica del reato, deve essere individuato *ex ante* al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo;

- il criterio del vantaggio, avendo una connotazione essenzialmente oggettiva, deve essere individuato *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito.

Criteri apparentemente non “indagabili” in tutti i casi in cui l'illecito consumato sia di tipo colposo, come nel caso dei reati di cui all'art. 25septies o dell'art. 25undecies D.Lgs. 231/01, rendendo diversamente necessario uno sforzo interpretativo analogico non consentito.

Sul punto, tuttavia, la Giurisprudenza – anche la più recente – ha affermato che nei reati colposi di evento, i concetti di interesse e vantaggio dovranno essere accertati con riferimento non all'esito antigiuridico (o all'evento), ma alla condotta, ben potendo prospettarsi che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare, e quindi colposa, sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini, comunque, il conseguimento di un vantaggio.

Sotto **il profilo dell'onere probatorio**, in conseguenza del soggetto che delinque, il D.lgs. 231/2001 prevede:

- all'**Art.6** che l'ente non risponda del reato commesso da soggetti in posizione apicale se prova:

- a) di aver costituito un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo con il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento;
- b) che non sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo;
- c) di aver adottato e attuato, prima della commissione dei fatti, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- d) che l'agente abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello di organizzazione e di gestione.

- all'Art. 7 che l'ente sia ritenuto responsabile qualora la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: ciò nel caso che il reato sia stato commesso da un "sottoposto" all'altrui direzione o vigilanza e che detta inosservanza (degli obblighi di vigilanza e direzione) sia esclusa se l'ente prova di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire i reati ai quali il decreto legislativo si riferisce.

La struttura di entrambe norme fa rilevare, immediatamente, che nei processi nei quali si accerti la responsabilità dell'ente, sembra essere invertito l'onere della prova.

Mentre la struttura del processo penale fa pesare sull'accusa l'onere di provare la responsabilità penale dell'autore del fatto di reato, nel processo avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità dell'ente, l'onere della prova dell'accusa sembrerebbe circoscritto alla dimostrazione dell'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa dell'ente, con la conseguenza che la responsabilità dell'ente si rivelerebbe come presunta.

Presunzione di responsabilità che può essere vinta soltanto dalla dimostrazione dell'esistenza di un Modello di gestione e organizzazione dell'ente, per il caso di reati commessi da soggetti sottoposti, ovvero dalla dimostrazione che oltre alla sussistenza del Modello di organizzazione e gestione, sia stato costituito un organismo di vigilanza con autonomi poteri di controllo, il quale abbia efficacemente vigilato sull'osservanza del Modello e l'agente (figura apicale) abbia commesso il reato eludendo fraudolentemente il detto Modello.

Il Supremo Collegio del 2014 (assecondando un filone interpretativo in verità stabile)¹⁰⁶ si è espresso chiaramente, prevedendo che nessuna inversione dell'onere della prova derivi nei processi di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, dato che ogni accertamento della responsabilità del soggetto che ha commesso l'illecito penalmente rilevante e tassativamente previsto, *"si estende "per rimbalzo" dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno*

¹⁰⁶ Sentenza Cass. Sez.U. 38343/14 – ex plurimis Cass. Sez. 6 n. 27735 del 18/2/2010, Scarafia, Rv. 247665-666 e Cass. Sez. 6 n. 36083 del 9/7/2009, Mussoni, Rv. 244256

individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente.(...) gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria”¹⁰⁷

Dal punto di vista processuale, la responsabilità dell'ente verrà accertata nell'ambito dello stesso processo penale in cui si accerta la responsabilità del soggetto che ha consumato il reato presupposto, ma le posizioni processuali saranno totalmente indipendenti, per cui l'ente potrà essere riconosciuto responsabile anche quando l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile ovvero il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia.

Tale indipendenza processuale delle posizioni impone delicate e precise puntualizzazioni sulla funzione difensiva: potranno facilmente porsi questioni di incompatibilità nell'assunzione delle difese del legale rappresentante dell'Ente indagato/imputato rispetto alle difese delle posizioni apicali indagate/imputate nel medesimo procedimento penale; così come l'ente potrà assumere nel processo non solo la posizione di indagato/imputato, ma anche di parte civile nei confronti dell'imputato persona fisica/figura apicale o addirittura di responsabile civile nei confronti della parte offesa, costituita parte civile, del reato medesimo.

E' rilevante, infine, evidenziare che il reato presupposto – in relazione alla sola responsabilità dell'ente – non soggiace alla normale disciplina in tema di prescrizione dei reati, di tal che – ex art. 22 D.Lgs. 231/01 - interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo determinando l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione, ma soprattutto che una volta pendente il procedimento penale l'eventuale prescrizione del reato nei confronti della persona fisica che l'abbia consumato non determina alcuna estinzione in favore dell'ente.

10.4 Le Sanzioni

Il sistema sanzionatorio proposto dal D.lgs. n. 231/2001 fuoriesce dallo schema tradizionale del diritto penale, incentrato sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza e tra pene principali e pene accessorie: le sanzioni previste all'avvenuto accertamento della responsabilità dell'ente si distinguono tra *sanzioni pecuniarie* e *sanzioni interdittive*; al di fuori di tale perimetro, si collocano la *confisca* e la *pubblicazione della sentenza*.

Sono **sanzioni interdittive**:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;

¹⁰⁷ Cass. Sez.U. n. 38343/14 del 24/4/2014 – dep. 18/9/2014 sul caso ThyssenKrupp

- la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze, concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione;
- l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Quando l'ente viene ritenuto responsabile è sempre applicata una sanzione pecuniaria.

La **sanzione pecuniaria** è determinata dal giudice attraverso un sistema basato su quote: l'importo di una quota va da un minimo di 258 € ad un massimo di 1.549 €.

La sanzione pecuniaria viene applicata in un numero non inferiore a 100 quote né superiore a 1000 quote.

Le sanzioni interdittive possono essere applicate anche in via cautelare - e in tal caso si definiscono *misure interdittive* - nel corso delle indagini, quando sussistano gravi indizi circa la responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sia il concreto pericolo – desumibile da fondati e specifici elementi di fatto - di reiterazione di illeciti della stessa indole di quello per cui si sta procedendo all'accertamento della responsabilità.

Sul tema della confisca, c'è da dire che - secondo l'orientamento del S.C.¹⁰⁸ – essa debba essere interpretata più come una sanzione speciale, che una misura di sicurezza, i cui connotati le concedono una natura ambigua sospesa tra la funzione specialpreventiva e un vero e proprio intento punitivo.

Così l'art. 9, comma 1, Lett. C) del D.Lgs. 231/01 prevede la confisca come sanzione, il cui contenuto e i cui presupposti applicativi sono precisati nell'art. 19, comma 1, secondo cui: *“Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato”*. Mentre il comma 2 autorizza la confisca anche nelle forme per equivalente, replicando lo schema normativo di disposizioni già presenti sia nel codice che in leggi speciali.

Così la S.C. non dubita che si tratti di una vera e propria sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste: essa è concepita come una misura afflittiva che assolve anche la funzione di prevenzione generale.

Quanto al concetto di profitto su cui la confisca si attuerà, la recente Cassazione ne ha svolto un'approfondita valutazione riportando l'istituto nell'alveo dell'art. 240 c.p., ma - ferme restando le tradizionali distinzioni tra i concetti di “profitto”, “prodotto” e “prezzo” del reato - individuando il

¹⁰⁸ Cass. Sez. U. n. 26654 del 27/3/2008, Fisia Italimpianti, Rv. 239922-923-924-925-926-927, condivisa e recepita dalla sentenza ThyssenKrupp del S.U. 19/9/2014.

profitto in un qualsiasi “*vantaggio economico*” che costituisca un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*” che abbia una “*diretta derivazione causale*” dalla commissione dell’illecito¹⁰⁹.

Non ci si dovrà, pertanto, fermare alle valutazioni di profitto in termini di valenza residua aziendale/economica, come sembra far riferimento il 1° comma dell’art. 240 c.p., ma dovrà svolgersi un’interpretazione di tipo estensivo, fino a giungere a considerare profitto – nelle ipotesi, ad esempio, di reato da violazione delle norme prevenzionistiche in tema di infortuni sul lavoro – nel risparmio aziendale dovuto alla mancata attuazione di misure organizzative o apprestamenti tecnici onerosi (esempio: risparmio per il mancato acquisto di un impianto), ovvero nello svolgimento di un’attività produttiva da cui sia derivata un esito economico favorevole anche se in condizioni di scarsa sicurezza (esempio: prosecuzione dell’attività produttiva funzione alla strategia aziendale ma non conforme ai canoni di sicurezza).

10.5 *La funzione dei modelli organizzativi*

Con l’inserimento nel catalogo dei reati delle fattispecie previste ex art. 25*septies* e 25*undecies*, vi è stata una sempre più diffusa applicazione della disciplina del D.Lgs. 231/01.

L’applicazione avviene, dunque, non solo per i reati originariamente caratterizzanti la ratio della normativa in esame, ma anche per i reati apparentemente meno gravi, quali quelli colposi d’evento, derivanti dalla violazione della normativa in tema di sicurezza e salute dei lavoratori.

Secondo la costruzione della disciplina e l’analisi che fino a qui ne abbiamo dato, la funzione dei Modelli di organizzazione è gestione è evidentemente quella di esentare da responsabilità l’ente che l’abbia adottato ed efficacemente attuato.

In tema di esenzione di responsabilità, è necessario partire dall’analisi dell’evidente affinità della disciplina del D.Lgs. 231/01 con le norme penali, con la conseguente applicazione di uno dei principi cardine del diritto penale: quello della colpevolezza.

Ai fini della responsabilità dell’ente non è sufficiente che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo, cioè nei limiti dell’accertamento che il fatto costituente reato (presupposto) sia stato commesso nell’interesse ed a vantaggio dell’ente, ma è necessario che esso derivi almeno da una

¹⁰⁹ Cfr. Cass. Sez. U. n. 9149 del 3/7/1996, Chebni, Rv. 205707 e, in tema di sequestro preventivo vedasi Cass. Sez. U. 29951 del 24/5/2004, Focarelli, Rv. 228166; Sez. U. n. 29952 del 24/5/2004, Romagnoli, Rv.228117; Sez. U. n. 41936 del 25/10/2005, Muci, Rv. 232164 che ha previsto come il <<profitto corrisponda all’utile ottenuto in seguito alla commissione del reato>> e il <<prodotto corrisponda al risultato, cioè al frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita>>.

Concetto di “profitto” che si è ulteriormente esteso con la Cass. Sez. U. n. 10208 del 25/10/2007, Miragliotta, Rv. 238700 che ha affermato che in esso vanno ricompresi non soltanto i beni che l’autore del reato apprende alla sua materiale disponibilità per effetto diretto ed immediato dall’illecito, ma anche ogni altra utilità che questi realizzi come effetto, anche mediato ed indiretto, della sua attività criminosa.

Concetto ripreso da Cass. Sez. U. m. 10561 del 30/12/2014, Gubert, Rv. 258647 la quale ha ammesso la confisca diretta del profitto corrispondente alla “mancata corresponsione della somma di denaro dovuta a titolo di imposta”.

colpa di organizzazione, quando non costituisca addirittura l'espressione di un preciso intento di politica aziendale.

Ne consegue che, se all'ente non è imputabile alcuna colpa, esso non soggiace alle sanzioni previste dal D.lgs. 231/2001.

A tal fine la disciplina dispone che, in tutti i casi, la colpa dell'organizzazione e di conseguenza la responsabilità dell'ente, è esclusa se, prima della commissione del reato, l'ente abbia adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Il Modello organizzativo rappresenta, dunque, un strumento fondamentale per giungere all'esenzione di responsabilità dell'ente, poiché la sua ideazione, applicazione ed efficace attuazione rappresenta la prova della sussistenza di un'adeguata organizzazione aziendale, tale da prevedere procedure idonee a prevenire la commissione dei reati presupposto, espressamente previsti dalla normativa.

Detta funzione di esenzione appare chiaramente non solo dalla lettura degli artt. 5 e 6 del D.Lgs. 231/01, ma anche dalla lettera dagli artt. 16 e 30 del **D.Lgs. 81/08** che – in tema di disciplina della salute e sicurezza dei lavoratori, stabiliscono:

- ex **art. 16, comma 3**, che *“la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all' articolo 30, comma 4.”*

- ex **art. 30** che *“il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:*

a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

d) alle attività di sorveglianza sanitaria;

e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;

h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.”

Una valutazione comparata del grado di rischio insito in ciascun ente in relazione al verificarsi di infortuni sul lavoro rilevanti ex art. 25^{septies} (previsti ai nn. 52-53 della tabella) e le conseguenti possibili responsabilità amministrative dell'ente, oltre che al rischio di consumazioni di alcune fattispecie di reato ambientale previste ex art. 25^{undecies} (come previsti ai nn. 79 - 111 della tabella) e le conseguenti responsabilità dell'ente, impongono all'interprete di valutare quanto sia cruciale, per non dire “di fatto” obbligatoria, l'adozione di un Modello di organizzazione e gestione per un ente.

10.6 Come creare un modello di organizzazione e gestione idoneo

Elemento centrale nell'applicazione concreta della disciplina del D.Lgs. 231/01 è certamente identificare, al fine di adozione ed efficace attuazione, il Modello di organizzazione più idoneo per l'ente.

E' necessario considerare, però, come premessa di metodo che la responsabilità dell'ente non trova fondamento nel non aver impedito la commissione del reato, dato che non si può affermare come vera l'equazione per cui: se un reato è stato commesso allora il Modello organizzativo adottato dall'ente è, già di per sé, da ritenersi inadeguato.

La responsabilità dell'ente non deriva da un atteggiamento psicologico improntato a *colpa in ordinando* o *componendo*, ma da una valutazione di adeguatezza del Modello organizzativo che rappresenta una trasposizione concettuale (e scritta) di una vera e propria politica organizzativa interna all'ente.

Il giudizio di idoneità del Modello (che deve prevedere protocolli comportamentali di tipo organizzativo in seno all'ente) è, dunque, frutto di un'attività volontaria e consapevole di chi lo ha elaborato, approvato e reso esecutivo.

Non è sufficiente, pertanto, svolgere una valutazione strettamente normativa della tenuta del Modello, dato che la responsabilità della società dipende anche dal giudizio sulla eventuale violazione fraudolenta del Modello stesso, nell'interesse della società¹¹⁰.

Così sarà necessario valutare l'inganno posto in essere dall'agente, sotteso all'elusione fraudolenta del Modello organizzativo e gestionale, nonché la direzione stessa dell'inganno: sarà dunque necessario indagare verso chi tale inganno è stato posto in essere, cioè se esso è diretto alla struttura

¹¹⁰ Cass. Sez. V Penale - 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013) n. 4677

aziendale nel cui interesse il Modello è stato predisposto ovvero è diretto ad uno dei soggetti cardine delle struttura.

La condotta di elusione fraudolenta non può consistere nella mera e sfacciata violazione delle prescrizioni contenute nel Modello ma, pur non dovendo necessariamente coincidere con gli artifici e i raggiri del reato di truffa, deve attuarsi attraverso una condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua e subdola.

Condotte, queste, che hanno lo scopo di sfuggire al Sistema di controllo che dev'essere parte integrante del Modello.

Sistema di controllo che, ai fini preventivi e di costante aggiornamento del Modello medesimo, ex art. 6, lett. b) deve essere affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, mentre per la prevenzione dei soli reati di cui agli artt. 25septies e undecies, come espressamente previsto all'art. 30, comma 4, D.Lgs. 81/08¹¹¹ non sembra dover avere necessariamente connotati soggettivi, ben potendo essere un sistema di tipo normativo/procedurale, attuato dall'azienda secondo i parametri delle norme tecniche di riferimento, quali ad esempio la BS-OHSAS 18001 ovvero le Linee Guida UNI-Inail.¹¹²

Sono proprio queste norme tecniche che, insieme ai molti altri strumenti che sono stati elaborati in questi anni di prima applicazione della disciplina del D.Lgs. 231/01, hanno maggiormente aiutato gli interpreti ad elaborare ed attuare, concretamente, adeguati Modelli di gestione e organizzazione, incentivando le aziende a dotarsene.

Tutti gli strumenti che si sono succeduti negli anni¹¹³, nonché i codici di comportamento redatti dalle Associazioni rappresentative di categoria, ovvero dagli Organismi di vigilanza, ovvero dai Ministeri dello Lavoro, della Giustizia e dello Sviluppo Economico, sotto forma di Linea Guida, applicazioni comportamentali, case study, nonché procedure semplificate¹¹⁴, che ancora oggi rappresentano un valido aiuto per l'attività di previsione ed implementazione di un Modello,

¹¹¹ Art. 30 D.Lgs. 81/08, 4 comma:

Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

¹¹² Art. 30, comma 5, D.Lgs. 81/08:

In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6.

¹¹³ Interessanti spunti sul contenuto dei Modelli organizzativi possono identificarsi dall'ordinanza del GIP del Tribunale di Milano del 9 novembre 2004 (provvedimento giurisdizionale che esamina l'idoneità di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex artt. 6 e 7 D.lg. 231/2001, adottati prima della commissione del reato) c.d. Decalogo del GIP di Milano.

¹¹⁴ Vedasi le procedure semplificate ex DM 13/2/2014 per la prevenzioni dei reati di cui all'art. 25septies D.Lgs. 231/01 ed ex art. 30 D.Lgs. 81/08.

devono, tuttavia, prevedere un elemento imprescindibile che spesso, nella corrente attività di valutazione appare manchevole: ogni Modello aziendale che si elabora sulla base di tali strumenti deve poi essere “calato” e adattato alla realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione, tenendo conto delle effettive dimensioni aziendali, delle persone che compongono la struttura aziendale, delle reali difficoltà economiche che la sua realizzazione può determinare per gli enti.

Le recenti Linee Guida di Confindustria – approvate nel luglio 2014 – rappresentano forse, ad oggi, il miglior parametro cui declinare la realizzazione di un Modello di Organizzazione e gestione aziendale.

Esse mirano ad orientare le imprese nella realizzazione dei Modelli, non essendo ovviamente possibile prevedere una casistica eccessivamente dettagliata, in quanto decontestualizzata, da applicare direttamente alle singole realtà concrete.

Tuttavia non si può sottacere che l’unico giudizio, davvero rilevante, circa la concreta implementazione ed efficace attuazione di un Modello nella realtà aziendale quotidiana a fini di esenzione di responsabilità dell’ente, sia rimesso, inevitabilmente ed inequivocabilmente, alla libera valutazione del Giudice.

Nel giudizio egli accerterà se il Modello abbia effettivamente le caratteristiche di conformità e adeguatezza rispetto allo scopo di prevenzione dei reati perseguito dall’ente: in tale prospettiva, è di fondamentale importanza, affinché al Modello sia riconosciuta efficacia esimente, che l’impresa compia una seria e concreta opera di implementazione delle misure adottate nel proprio contesto organizzativo, nonché un’effettiva attuazione del Sistema disciplinare/sanzionatorio elemento essenziale del Modello, grazie al quale l’ente dovrà indurre – anche mediante l’effetto di deterrenza della sanzione – tutti i soggetti destinatari del Modello a darne effettiva applicazione.

Il modello non deve rappresentare un adempimento burocratico, una mera apparenza di organizzazione: esso deve vivere nell’impresa, aderire alle caratteristiche della sua organizzazione, evolversi e cambiare con essa. [Anna Zampieron]

XI.

CASO “ILVA”: COMPROMESSO TRA DIRITTO ALLA SALUTE E DIRITTO AL LAVORO

11.1 Si richiama sul tema il recente splendido scritto del prof. Paolo Tonini (Ordinario di diritto processuale penale nell’Università di Firenze), pubblicato sul n. 10/14 di “*Diritto Penale e Processo*”: tratta delle rilevanti novità (DL. 3.12.12 n. 207 e succ.) in materia di *sequestro preventivo* introdotte con gli interventi legislativi (e poi governativi) conseguenti ai sequestri degli impianti ILVA disposti dal luglio 2012 dall’Autorità giudiziaria tarantina. Vicenda che la

Commissione Cultura della Camera Penale Veneziana ha fatto oggetto del Seminario 25.10.13 (come Tonini ha avuto la bontà di ricordare nella Nota 12) per l'evidente incidenza – sul “diritto alla salute” – del suo *bilanciamento* con il “diritto al lavoro”: bilanciamento sancito dalla sentenza 9.4.13 n. 85 Corte Costituzionale chiamata a dirimere il contrasto fra interventi giudiziari e governativi.

11.2 In punto “nuovo” sequestro preventivo, nel rimandare alla trattazione di Tonini si ricorda che è ora consentito – in tutti gli impianti ILVA in Italia, ma (forse) anche in tutte le aziende cd. “strategiche”, cioè con più di 200 dipendenti – di proseguire la produzione pur in costanza di sequestro anche se sia stato *appena dato il via* al programma di risanamento: in detta situazione è quindi possibile, non impedire, ma solo sanzionare penalmente la tenuta di condotte cui possano venire correlate malattie professionali alla fine magari letali.

In ordine alla disciplina introdotta emergono allora forti perplessità; che vengono confermate dalle conclusioni cui l'illustre Autore giunge con logica rigorosa: l'essere irragionevole [quindi in contrasto con l'art. 3 Cost.?] che la nuova disciplina del sequestro preventivo possa venire applicata soltanto alle imprese strategiche (meno dell'1%) anziché a tutte le imprese.

11.3.1 La svolta è stata sbattuta in prima pagina dal caso ILVA, ma le avvisaglie sono risalenti. Dopo decenni in cui la giurisprudenza di legittimità in materia di infortuni sul lavoro ha sancito drasticamente *l'obbligatorietà dell'adozione della migliore tecnologia* nell'esercizio dell'impresa; dopo la sentenza n. 127/90 Corte Costituzionale che ha ribadito *l'incomprimibilità del diritto alla salute* da parte di altri diritti costituzionali; erano tuttavia già intervenuti (come ricorda Tonini) una sentenza n. 250/09 della Consulta richiedente un (meno categorico) “costante *progressivo* adeguamento” alla migliore tecnologia (quindi con tempi di attuazione ampiamente discrezionali), nonché un articolo 15 L. n. 231/01 sulla responsabilità da reato degli Enti disponente in caso di sanzione interdittiva non la cessazione dell'attività ma la nomina di un commissario giudiziale *per proseguire la produzione*. Dette avvisaglie erano tuttavia non inequivoche: la sentenza n. 250/09 è piuttosto generica (essendo stata emessa su temi relativi al conflitto di competenze Stato/Regioni); l'art. 15 L. n. 231/01 invece è senz'altro contraddittorio perché, da un lato, nemmeno vengono stabiliti i tempi secondo cui il commissario debba (mentre la produzione prosegue) introdurre ed applicare i modelli idonei a prevenire i reati (comma 3), dall'altro, viene disposta addirittura la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività (comma 4).

11.3.2 Ma ora c'è la nuova disciplina del sequestro preventivo. Il cui nucleo essenziale è senza dubbio (come detto) l'essere stata consentita la prosecuzione dell'attività anche solo appena iniziati (tantomeno completati) gli interventi risanatori: in una fase cioè in cui è impensabile che continuando la produzione non permanga – a fronte di una prolungata durata temporale (3 anni per

l'ILVA) – la pregiudizievole esposizione dei lavoratori e della cittadinanza viciniera all'inquinamento (benzopirene e diossina, sostanze cancerogene, per l'ILVA). E' vero che l'AIA (autorizzazione integrata ambientale) imponeva per l'ILVA il rispetto immediato dei limiti massimi di emissione; e che nessuno esclude la legittimità di un minimo di "progressione" nell'attuazione del risanamento: qualora questo venisse attuato in pochi mesi, potrebbe dunque essere accettabile che la produzione proseguiva. Ma la vicenda ILVA è paradigmatica dei guasti conseguenti al *self restraint* della Corte nell'affermare, formalizzare la comprimibilità del diritto alla salute: *tre anni* di produzione in presenza di alti livelli documentati di inquinamento da sostanze cancerogene e di alte evidenze epidemiologiche di patologie professionali anche mortali rendono manifesto a tutti che il Governo e l'Amministrazione si sono sentiti pienamente autorizzati a non aver ritegno nel consentire la prosecuzione dell'attività per un tempo abbondantemente sufficiente (come è ben noto) a causare/rinforzare/concausare le cit. patologie.

Quanto successivamente avvenuto ne è la conferma: a metà 2013, c. 6 mesi dopo il Decreto n. 207, il Governo ha dovuto sostituire con un Commissario straordinario la gestione privata della Società che nel produrre non risanava e continuava ad inquinare; ma nemmeno questa mossa è stata idonea, tanto che recentemente, nel dicembre 2014, dopo ben due anni dal cit. Decreto, l'impresa è stata affidata dal Governo (sia pure in via transitoria) ad una gestione pubblicistica, disponendo una relevantissima immissione di risorse finanziarie pubbliche.

11.3.3 Le ulteriori preoccupazioni sono (come detto) che il nuovo regime del sequestro preventivo venga esteso dalle forse 4.000 imprese strategiche a tutte le imprese. Ma anche che la giurisprudenza di legittimità si ammorbida in ordine alla finora ritenuta obbligatorietà per le imprese di adottare con la massima sollecitudine la migliore tecnologia per la prevenzione antinfortunistica, con le immaginabili conseguenze in ordine all'incremento di malattie professionali alla fine anche mortali.

11.4 Per chi ha a cuore il diritto al lavoro e più ancora il diritto alla salute, si pone con forza l'impegno - non *de jure condendo*, ma *de jure interpretando* - per la migliore soluzione possibile della problematica.

11.4.1 La cit. sentenza 16.3.90 n. 127 ("interpretativa di rigetto") ha sottoposto al vaglio costituzionale l'art. 2 DPR. 24.5.88 n. 203, norma in tema di contenimento/riduzione delle emissioni inquinanti da parte degli stabilimenti industriali, che appariva subordinare l'adozione della "*migliore tecnologia disponibile*" (n. 7) alla condizione che "*non comporti costi eccessivi*".

La sentenza ha subito respinto l'interpretazione meramente letterale: "*non sembra possibile perciò che, con una sorprendente 'contradictio in adiecto', il legislatore, da una parte ponga 'limiti massimi insuperabili' per contenere l'inquinamento 'a livelli accettabili' per la detta fondamentale*

protezione e, dall'altra, consenta all'imprenditore di non adottare il sistema tecnologico, attraverso il quale soltanto quella protezione si rende possibile, quando il costo risulti eccessivo". La sentenza ha poi richiamato l'art. 20 L. n. 615/66, "che, riferendosi anche al regolamento di esecuzione, prescriveva che gli stabilimenti industriali dovessero '... possedere impianti, installazioni o dispositivi tali da contenere, entro i più ristretti limiti che il progresso della tecnica consenta, l'emissione di fumi o gas o polveri o esalazioni che, oltre a costituire comunque pericolo per la salute pubblica, possono contribuire all'inquinamento atmosferico'. Nessun accenno all'onerosità delle installazioni" ... "In altri termini, nonostante i regolamenti di esecuzione fissassero nel corso degli anni nuovi limiti inquinanti, aggiornati al progresso ed alla scienza (cfr. DPR. n. 322/71), l'imprenditore comunque era tenuto ai più ristretti limiti consentiti dal progresso della tecnica: e, perciò, anche al di sotto dei limiti massimi se la tecnica lo avesse consentito". La sentenza, dopo un ampio richiamo alle normative europee, ha infine concluso che "il limite massimo di emissione inquinante, tenuto conto dei criteri sopra accennati, non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 Cost., cui lo stesso articolo 41 c. 2 si richiama".

La sentenza ha peraltro concesso (solo) un'eccezione: "il limite del costo eccessivo viene in causa soltanto quando quel limite ultimo sia stato rispettato: nel senso cioè che l'Autorità non potrebbe imporre nuove tecnologie disponibili, capaci di 'ridurre ulteriormente' il livello di inquinamento, se queste risultino eccessivamente costose per la categoria cui l'impresa appartiene". Ma nemmeno questa eccezione è consentita "quando si tratta di 'zone particolarmente inquinate' [caso ILVA], "o per specifiche esigenze di tutela ambientale' ...: nel qual caso i limiti delle emissioni possono essere persino 'più restrittivi degli stessi valori minimi' definiti nelle linee guida". E il giudice, se in linea generale deve presumere che i limiti fissati dall'Autorità siano congrui, "ben può disporre indagini scientifiche atte a stabilire la compatibilità del limite massimo delle emissioni con la loro tollerabilità, traendone le conseguenze giuridiche del caso".

La sentenza (relatore Ettore Gallo) non ha certo bisogno di commenti. E' solo il caso di ricordare che il commento (favorevole) di VIOLINI (comparso all'epoca su *Giustizia Costituzionale*, 1990, 727) intitolava "Protezione della salute e dell'ambiente **'ad ogni costo'**" e concludeva trattarsi di una presa di posizione che appariva di "estrema radicalità".

11.4.2 Lo stesso art. 32 Cost. è ora divenuto con la cit. sentenza n. 85/13 (cui si rimanda) suscettibile di *bilanciamento*: è dunque cambiata, non la norma della Costituzione, ma l'interpretazione della Corte. E tutti ricordano le condizioni industriali/sindacali e la crisi economico/finanziaria nel cui infuriare detta sentenza è intervenuta.

11.4.3 Il diritto alla salute appare il più importante dei *diritti umani*, questa una categoria speciale fra i diritti costituzionali: diritto secondo cui, in ordine all'attività lavorativa, ***nessuno deve ammalarsi o morire perché lavora, mentre i lavori che non salvaguardano detta tutela vanno impediti perché illeciti***. E tra coloro che debbono farsi carico di ciò – anche con l'eventuale ricorso al sequestro preventivo - non possono non farsi rientrare anche quei magistrati che inquisiscono fatti di reato cui possano più o meno direttamente correlarsi le note patologie.

Sembra dunque che il tema sia (non l'estensione della nuova disciplina del sequestro preventivo a tutte le imprese anziché alle sole imprese strategiche, come sostiene Tonini, ma) l'*incomprimibilità del diritto alla salute* (che la Carta qualifica “fondamentale”) rispetto alle esigenze della produzione, con la conseguente illegittimità di tutte quelle normative che contrastino con il precetto così individuato dell'art. 32 Cost.

Ciò implica ovviamente un impegno degli operatori giudiziari, al fine di ottenere un ripensamento della Corte Costituzionale con una sentenza meno “politica”.

11.5 Certo va posto il problema, in questi anni sempre più grave, della salvaguardia anche dei posti di lavoro: ma è la soluzione data, che deve essere diversa. La quale è stata in piccola parte già additata proprio nella cit. recente gestione pubblicistica istituita dal Governo per l'ILVA; che prevede però la prosecuzione dell'attività (ancora per 3 anni) a mezzo di impianti tuttora inquinanti, con la conseguente prolungata pregiudizievole esposizione di maestranze e cittadinanza a sostanze cancerogene. I miliardi ora stanziati dal Governo per l'ILVA avrebbero avuto migliore destinazione nel dicembre 2012 (quando venne emesso il cit. Decreto), cioè all'inizio dell'operazione: l'intervento pubblicistico avrebbe allora potuto prevedere, nel mentre l'impresa veniva chiusa e risanata, la *cassa integrazione guadagni* a retribuzione piena dei lavoratori. I finanziamenti per non pregiudicare la salute vanno trovati, dovendo avere precedenza su altre destinazioni; ora si è visto che detti finanziamenti si potevano trovare, ma né allora si è ritenuto né ora si ritiene di poter rispettare il diritto alla salute. [Elio Zaffalon]

XII.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Tribunale di Venezia - Sezione del Giudice per le Indagini Preliminari - Sent. 23.3.2010 - Est. Marchiori – Imp.ti XX e YY

Infortunio sul lavoro - Omicidio Colposo - Delega di funzioni - Carenze nella disciplina antinfortunistica strutturali ovvero attinenti scelte generali di politica aziendale rispetto alle quali il delegato alla sicurezza non abbia capacità d'intervento - Responsabilità del datore di lavoro - Sussistenza - Ragioni.

(Artt. 589, co. 1 e 2 c.p.; 4 D.L.vo 626/1994; 2087 c.c.)

Il datore di lavoro non può andare esente da responsabilità, pur a fronte di una delega corretta ed efficace, per ciò che attiene le scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sua sfera di responsabilità e rispetto alle quali il delegato alla sicurezza non abbia realisticamente capacità di ingerirsi. (Fattispecie relativa ad infortunio mortale sul lavoro per il quale il Giudice ha ritenuto sussistere la responsabilità sia del delegato alla sicurezza, che del datore di lavoro).

Corte d'Appello di Venezia - Sezione Terza Penale - Sent. n. 1755 del 25.4.2013 - Pres. Bianchi - Cons. Est. Masini - Imp.ti XX e YY.

Infortunio sul lavoro - Omicidio Colposo - Delegabilità della valutazione dei rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori, dell'individuazione delle misure di prevenzione e protezione e del programma delle misure necessarie al miglioramento degli standard di sicurezza - Esclusione - Responsabilità del datore di lavoro - Sussistenza - Ragioni.

(Artt. 589, co. 1 e 2 c.p.; 1, 4, 7, D.L.vo 626/1994; 17 D.Lgs 81/2008)

Il datore di lavoro, se privo delle necessarie capacità e conoscenze, può adempiere i propri obblighi afferenti la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, l'individuazione delle misure di prevenzione e protezione, il programma delle misure necessarie al miglioramento degli standard di sicurezza, avvalendosi della collaborazione di soggetti tecnicamente competenti. Non essendo, tuttavia, i predetti obblighi delegabili, né ai sensi dell'art. 1, comma 4 ter D.Lgs. 626/1994, né dell'art. 17 D. Lgs 81/2008, perché il datore di lavoro possa rimettersi alle conclusioni del consulente dovrà scegliere persona dotata di adeguate conoscenze e previamente informarsi dei rischi presenti in azienda, oltre a verificare che il documento di valutazione prenda in considerazione tutte le situazioni di potenziale pericolo prospettando soluzioni idonee alla luce delle informazioni acquisite. (Fattispecie relativa ad infortunio mortale sul lavoro per il quale il Giudice ha ritenuto sussistere la responsabilità del datore di lavoro, oltre che del delegato alla sicurezza)

Corte d'Appello di Venezia – Terza Sezione Penale – Sent. 703/2011 – Pres. Gallo – Est. Perdibon – Imp. XY

Omicidio colposo – precauzioni per la prevenzione dei rischi connessi all'esposizione delle polveri di amianto nocive per la salute – responsabilità del datore di lavoro – nesso di

causa – violazione delle regole vigenti all'epoca del fatto - prevedibilità dell'evento - sussistenza

(Art. 589 c.p., DPR 303/56 e DPR 547/95)

*Nel delitto di omicidio colposo consistito in un mesotelioma occorso ad un lavoratore associabile ad esposizione ad **amianto** deve accertarsi il **nesso causale** tra esposizione alle polveri e patologia. Una volta accertato tale collegamento, il datore di lavoro versa in colpa, qualora, in violazione delle norme vigenti all'epoca, non abbia adottato ogni misura destinata ad abbattere l'esposizione lavorativa alle polveri di amianto e qualora fosse prevedibile all'epoca dei fatti l'evento nocivo.*

Corte d'Appello di Venezia - Terza Sezione Penale – Sent. 1836/2013 – Pres. Bianchi – Est. Masini – Imp. XY

Omicidio colposo – affidamento dei lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi- mancata cooperazione del legale rappresentante all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi - esecuzione di lavori all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva – rischi specifici dell'attività delle imprese appaltatrici - responsabilità del datore di lavoro – esclusione

(Art. 589 c.p., art. 7 commi 2 e 3 D.L.vo 626/94)

*Nel delitto di omicidio colposo, in caso di affidamento dei lavori ad **imprese appaltatrici** o a **lavoratori autonomi**, non sussiste responsabilità del legale rappresentante committente per mancata cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi laddove i lavori non si inseriscano nell'ordinaria attività produttiva dell'azienda e ove non creino un rischio di interferenza.*

Gli obblighi di cooperazione de quo, in ogni caso, non si estendono ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.

Tribunale Ordinario di Rovigo – Uff. Giud. Mono. Sezione Penale – Sent.135/2010 - Est. R. Materia - imputati XX; YY; XY

Reati colposi – colpa generica – colpa specifica – ipotesi di colpa specifica diversa da quella contestata – violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza – insussistenza.

*Nei procedimenti per reati colposi, ove nel capo d'imputazione siano contestate sia condotte punibili a titolo di **colpa generica** che condotte punibili a titolo di **colpa specifica**, nel caso in cui si pervenga ad un'affermazione di responsabilità dell'imputato per una condotta di colpa specifica diversa rispetto a quella contestata, non sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, non solo nell'ipotesi in cui la condotta sia comunque punibile a titolo di colpa generica ma anche ove venga individuato un profilo di colpa specifica diverso ed ulteriore rispetto a quelli originariamente contestati.*

Coordinatore per la sicurezza in fase esecutiva – posizione di garanzia - dovere di vigilanza sulle attività eseguite dai subappaltatori – sussistenza.

*Il **coordinatore per la sicurezza** in fase esecutiva riveste una posizione di garanzia che non si sovrappone, ma si affianca, a quella degli altri soggetti responsabili della sicurezza sui luoghi di lavoro per realizzare, attraverso una figura unitaria con compiti di coordinamento e*

controllo, la massima garanzia dell'incolumità dei lavoratori. Cosicché anche su tale soggetto grava l'obbligo di sorvegliare sulla corretta osservanza delle prescrizioni previste dal piano di sicurezza e sulla scrupolosa applicazione delle procedure di lavoro.

Omicidio colposo con violazione delle norme in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro-osservanza degli obblighi gravanti sul committente – mancanza del nesso di causalità - concorso colposo del committente – insussistenza

*In tema di infortuni sul lavoro, al **committente dell'opera edile** la legge fa obbligo di nominare il **coordinatore per l'esecuzione dei lavori**, di curare che questi rediga il piano di sicurezza e coordinamento e di intervenire tempestivamente allorché il coordinatore per la sicurezza lo informi dell'avvenuta violazione della disciplina antinfortunistica e gli proponga la sospensione dei lavori. Può, dunque, affermarsi la responsabilità concorsuale del committente solo ove l'evento si colleghi causalmente alla sua colposa omissione; ove tale circostanza non si verifichi per avere il committente osservato gli obblighi inerenti la nomina del coordinatore, e vigilato sulla redazione e osservanza del PSC, in assenza di segnalazioni da parte del coordinatore relative a situazioni di pericolo, il committente dovrà essere assolto per non aver commesso il fatto.*

Infortuni sul lavoro – subappalti parziali e successivi – caratteristiche dell'attività commissionata – promiscuità dei luoghi di lavoro - responsabilità del primo appaltatore/subappaltante – equiparazione al committente – sussistenza – irrilevanza ai fini penali di clausole contrattuali di esonero della responsabilità – sussistenza.

*In tema di infortuni sul lavoro, nel caso di **subappalti parziali e successivi**, ove l'attività concessa in subappalto sia tale, per le sue caratteristiche, da non potersi svolgere in una zona o settore separato coinvolgente solo i dipendenti del subappaltatore, il primo appaltatore – a sua volta subappaltante – si pone sostanzialmente nella medesima posizione del committente, cosicché risponde penalmente degli eventi dannosi determinatisi in ragione dell'attività svolta dal subappaltatore non solo quando si sia ingerito nell'esecuzione dell'opera con una condotta determinante l'inosservanza delle disposizioni a tutela dell'incolumità dei lavoratori, ma anche laddove non abbia vigilato sull'eventuale inadeguato apprestamento di misure di sicurezza da parte del subappaltatore. Ove ricorra tale situazione, eventuali clausole di esonero della responsabilità contenute nei contratti di subappalto, pur operando sotto il profilo civilistico, non possono derogare alle norme di diritto pubblico che governano la responsabilità penale.*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 18.2.2013 – Pres. G. E. Sandrini.– Imp. XY

Cooperazione nel reato colposo – Elemento soggettivo – Elemento oggettivo – Insussistenza – Ragioni.
(Art. 113 c.p.)

*In tema di **cooperazione nel reato colposo** si palesa necessario verificare, da un punto di vista soggettivo, se sussista un legame psicologico con l'agire altrui rappresentato dalla coscienza e volontà di concorrere da parte di ciascun concorrente nella condotta violatrice di regole cautelari atte a prevenire danni a terzi. Da un punto di vista oggettivo, inoltre, occorre da un lato che vi sia inosservanza di una regola cautelare (comune a tutti i partecipanti o attribuita a taluni come concorso nell'inosservanza altrui), d'altro lato che l'evento fosse "prevedibile ed evitabile" da parte di tutti i cooperanti, circostanza necessaria anche per*

un'attribuzione soggettiva del fatto criminoso ai concorrenti. Non sussiste pertanto cooperazione nel reato colposo laddove a ciascun soggetto sia contestata la violazione di regole cautelari diverse né tantomeno laddove alcuni soggetti non fossero stati nelle condizioni di poter valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento.

Posizione di garanzia – Fonte legale o contrattuale – Insussistenza – Ragioni.

*Non sussiste una **posizione di garanzia** in capo ad una società ed al suo legale rappresentante laddove tale società, pur essendo controparte di una concessione, abbia appaltato con gara pubblica l'intera esecuzione dell'opera e non risulti essersi mai intromessa nell'esecuzione dei lavori svolti a cura delle imprese appaltatrici, non essendosi riservata neppure funzioni di coordinamento. E' evidente peraltro che tale posizione di garanzia non può in alcun modo peraltro ricavarsi automaticamente dalla legge.*

**Responsabilità dei titolari di posizione di garanzia – limiti della colpa – abnormità ed eccezionalità della condotta – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento.
(art. 40 c.p.)**

*La responsabilità dei titolari di una posizione di garanzia può ritenersi esclusa solo qualora la **condotta** della vittima sia da ritenersi **abnorme ed eccezionale**. L'insussistenza di un'insidia non sarebbe pertanto elemento sufficiente ad escludere la responsabilità del soggetto incaricato ad eliminarla, potendo la responsabilità ritenersi esclusa solo nel caso in cui l'evento lesivo sia direttamente riferibile a caso fortuito, sia esso fattore di esclusione della colpevolezza o del nesso causale tra condotta ed evento. In ogni caso non può tuttavia prescindersi da una valutazione in termini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, non potendosi in assenza di tali requisiti parlare di sussistenza di una responsabilità per colpa. Tale orientamento si pone in contrasto con la tesi che limita la responsabilità della pubblica amministrazione ai soli pericoli occulti, osservando che nel nostro ordinamento non vi è alcun riferimento normativo che giustifichi tale limite.*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 4.11.2013 – Pres. M. Bianchi - Imp. XY

**Obblighi della società committente di lavori – Obblighi della società appaltatrice – nesso di causa tra condotta omissiva ed evento – Responsabilità colposa - comportamento abnorme del lavoratore – Insussistenza – Ragioni.
(Art. 40 cpv, c. 1 e 2 c.p. e art. 7 del D. Lvo 626/1994)**

*In capo al legale rappresentante della società committente nonché al legale rappresentante della società appaltatrice permangono gli obblighi di cui all'art. 7 del D. Lvo 626/1994. Ne deriva che il **datore di lavoro committente** “a) verifica, anche attraverso l'iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato, l'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto o contratto d'opera; b) fornisce agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività”. Inoltre entrambi i datori di lavoro “cooperano all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto” e “coordinano gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte*

nell'esecuzione dell'opera complessiva". Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento tra le società, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze, documento che viene allegato al contratto di appalto o d'opera. La norma specifica altresì che tali disposizioni "non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi" pertanto, in siffatti casi, la società committente sarà esonerata da responsabilità non essendo ravvisabili profili di colpa per violazione di norme cautelari ad hoc. Viceversa saranno certamente ravvisabili profili di colpa in capo alla società appaltatrice ogniqualvolta siano dalla stessa violate norme che impongano l'adozione di specifiche misure di sicurezza idonee a prevenire ed evitare eventi lesivi in capo ai lavoratori. In presenza di tali violazioni normative sussisterà responsabilità penale in capo al legale rappresentante della società appaltatrice indipendentemente dalla tipologia del rapporto lavorativo, di subordinazione o autonomo, sottostante. In capo a costui, infatti, perdurerà l'obbligo di vigilare sul proprio cantiere, a nulla rilevando l'indipendente scelta dei lavoratori di eseguire i lavori anche in presenza di condizioni atmosferiche avverse, non essendoci peraltro uno specifico divieto in tal senso. Tale comportamento non potrà pertanto assumere i caratteri dell'abnormità ed eccezionalità tali da ritenersi interrotto il nesso di causa intercorrente tra condotta omissiva ed evento lesivo.

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 24.10.2013 – Pres. M. Bianchi - Imp. XY

Posizione di garanzia del capo squadra e preposto della società appaltatrice con poteri di spesa e posizione dirigenziale – Condotta omissiva colposa – nesso di causa tra condotta omissiva ed evento – Responsabilità colposa – Possibile rilevanza causale di difetti di costruzione preesistenti – Insussistenza – Ragioni.
(Art. 589 co. 3 c.p. – art. 26 co. 1 lett. b) DL. 81/08 – artt. 148 – 36 DL. 81/08)

*Laddove il **capo squadra e preposto** sia anche membro del Consiglio di Amministrazione e sia altresì titolare di un potere di spesa non potrà ritenersi esclusa la propria posizione di garanzia in quanto si ritiene egli agisca nei rapporti con la committenza nella pienezza dei suoi poteri ed in ragione della sua qualifica e non si potrà pertanto ritenere non applicabile a costui la disposizione normativa di cui all'art. 148 del D.Lgs 81/08 non potendo egli certamente essere ritenuto un comune dipendente. Allo stesso modo non potrà egli invocare la disposizione di cui all'art 26 co. 1 lett. b) del D. Lvo 81/08 in quanto, in presenza di una condotta omissiva ad egli attribuibile, nulla rileverà la circostanza che la ditta committente non abbia fornito informazioni dettagliate né abbia messo a disposizione documentazione rilevante. Laddove infatti si prefiguri la situazione in cui in capo a tale soggetto vi siano particolari obblighi di tutela del lavoratore mediante la predisposizione di dispositivi di sicurezza, da ritenersi in ogni caso indispensabili in determinati contesti lavorativi nei quali il pericolo debba ritenersi già in re ipsa, a nulla rileverà dimostrare che vi siano state violazioni normative precedenti e/o difetti di costruzione preesistenti in quanto tale concausa non sarà di per sé sufficiente a recidere il nesso di causa tra condotta del dirigente responsabile tecnico ed evento.*

Tribunale Ordinario di Venezia – Sezione Seconda Penale – Sent. 20.01.2010 – Giud. B. Lanceri - Imp. XY

Nesso di causa tra condotta omissiva ed evento – Responsabilità colposa - comportamento abnorme del lavoratore – Sussistenza – Ragioni.

(Art. 40 cpv, c. 1 e 2 c.p. – art. 43 c.p. – art. 590 commi 1, 2 e 3 c.p. - art. 7 e 35 del D. Lvo 626/1994)

*In presenza di un **comportamento avventato del lavoratore** dipendente, il datore di lavoro può andare esente da responsabilità allorché sia in grado di provare, in modo certo ed irrefutabile, di aver fatto tutto ciò che la legge gli imponeva in materia antinfortunistica per garantire l'incolumità del lavoratore. (Nel caso di specie, andranno esenti da responsabilità i diversi titolari delle aziende coinvolte in quanto, da un lato veniva provato che il lavoratore avesse, per sua stessa ammissione, “per sua comodità” utilizzato una scala che sapeva non appartenere alla azienda per la quale prestava la sua attività lavorativa, mentre la scala idonea ad effettuare il lavoro da svolgere era stata messa a sua disposizione dalla sua azienda e correttamente si trovava tra gli attrezzi del cantiere; d'altro lato i diversi titolari delle aziende erano generalmente presenti in loco sicché non appare ravvisabile nemmeno un difetto di sorveglianza).*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 225 del 11.2.2013 – Pres. G. E. Majolino - Imp. XY

Responsabilità del datore di lavoro e del titolare della posizione di garanzia – Limiti della colpa – Abnormità ed eccezionalità della condotta – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento

(Art. 589 co. 1 e 2 c.p.; artt. 35 e 38 co. 1 lett. b) D.Lvo 626/94 e art. 40 c.p.)

L'interferenza causale costituita dalle condotte tenute dai lavoratori non si pone come fattore avulso dalle violazioni delle norme cautelari generiche e specifiche di cui devono rispondere i datori di lavoro, così da evidenziare un percorso causale atipico, di carattere assolutamente anomalo ed eccezionale, non essendo stato affatto provato che essi violarono volutamente disposizioni che non prevedevano procedure e protocolli comuni, specialmente per la gestione di situazioni eccezionali, alle quali ciascuno degli imputati avrebbe invece dovuto contribuire preventivamente informando e mettendo a disposizione la conoscenza dei dati tecnici che avrebbero consentito ai dipendenti di operare in sicurezza.

Tribunale Ordinario di Venezia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 2078/2009– Giud. Valeggia – Imp.ti XX e YY

Infortunati sul lavoro – Lesioni colpose – Obblighi del datore di lavoro – Responsabilità colposa – Nesso di causa – Comportamento abnorme del lavoratore – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento

(Art. 40 cpv. co. 1 e 2 c.p.; art. 590 co. 1, 2 e 3 c.p.; artt. 4 co. 1 e 2 lett. a) e b) e 22 D.Lvo 626/94, 2087 c.c.)

*Le responsabilità dell'**amministratore delegato**, in una società a **struttura complessa e articolata** in vari rami e unità produttive di non piccole dimensioni, non appaiono addebitabili in quanto aveva predisposto adeguate deleghe in tema di valutazione dei rischi e controllo specifico sull'osservanza delle procedure antinfortunistiche. Inoltre, in tema di infortuni sul lavoro, deve considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza ed imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione. L'eventuale colpa concorrente del*

lavoratore non può giustificare alcuna causa esimente per i soggetti aventi obblighi di sicurezza.

Tribunale di Udine – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari – Sent. 431/2010 – Est. Verni – Imp.ti XX e YY

**Infortuni sul lavoro – Omicidio colposo – Diversi rapporti lavorativi sussistenti tra le parti – Contratto di collaborazione coordinata e continuativa – Contratto di appalto – Responsabilità del datore di lavoro – Insussistenza - Ragioni
(Artt. 113 c.p. e 589 c.p.)**

*La società che stipula un **contratto di appalto** con altra ditta ed affida la generica supervisione ad un **collaboratore esterno**, fornendo a quest'ultimo sufficienti informazioni sul piano della valutazione del rischio, strumenti adeguati per l'attuazione dei lavori e per la sicurezza del singolo lavoratore, che è esente da responsabilità. Non può infatti ragionevolmente riconoscersi, né il nesso di concausalità, tra il decesso e la condotta anche omissiva dell'appaltante, né profili di colpa specifica e generica a carico dello stesso appaltante.*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 250/2011 – Cons. Est. Bianchi - Imp.ti XX e YY

**Omicidio colposo – Rischi specifici dell'attività delle ditte appaltatrici - Responsabilità del datore di lavoro – Sussistenza
(Art. 113 c.p. e art. 589 co. 1 e 2 c.p.)**

*Vi è obbligo di collaborazione antinfortunistica fra **subappaltante e subappaltatore**, tanto più laddove l'attività del subappaltatore si svolga all'interno del cantiere predisposto dal subappaltante, senza una piena ed assoluta autonomia organizzativa e dirigenziale rispetto all'appaltatore. Si rileva infatti come la struttura di una società, s.n.c., di persone senza deleghe interne, renda ciascun socio responsabile come datore di lavoro.*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 738/2011 – Cons. Est. Risi - Imp. XX

**Datore di lavoro – Rapporto di lavoro subordinato – Lavoro prestato per amicizia, conoscenza – Sussistenza
(Art. 589 co. 2 c.p.)**

*La configurabilità della circostanza aggravante della violazione di norme antinfortunistiche esula dalla sussistenza di un rapporto di **lavoro subordinato** essendo stata riconosciuta la tutela anche in fattispecie di lavoro prestato per amicizia, conoscenza o comunque in situazioni diverse dalla prestazione del lavoratore subordinato.*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 432/2012 – Pres. Est. Gallo - Imp. XX

Responsabilità del titolare di posizione di garanzia – Limiti della colpa – Abnormità ed eccezionalità della condotta – Prevedibilità ed evitabilità dell'evento

(Art. 589 co. 2 c.p. e art. 40 c.p.)

*La titolarità di una **posizione di garanzia** – sia quale direttore dei lavori, sia quale coordinatore della sicurezza – non comporta, in presenza del verificarsi dell’evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto, sia della sussistenza della violazione da parte del garante di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell’evento dannoso che la regola violata mirava a pervenire, sia della sussistenza del nesso di causa tra la condotta ascrivibile al garante e l’evento dannoso. Inoltre il comportamento anomalo del lavoratore può acquisire valore di causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l’evento, tanto da escludere la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell’obbligo di adottare le misure di prevenzione, solo quando esso sia assolutamente estraneo al processo produttivo o alle mansioni attribuite, risolvendosi in un comportamento del tutto esorbitante ed imprevedibile rispetto al lavoro posto in essere.*

Corte d’Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 1013/2011 – Cons. Est. Paccagnella - Imp. XX

Legale rappresentante della società committente – Lavoratore autonomo – Vincolo di parasubordinazione – Nesso causale – Condotta omissiva ed evento – Sussistenza (Art. 589 co. 2 c.p.; art. 10 co. 3 Dpr. 547/55; art. 7 co. 2 lett. b) D.lgs 626/96 c.p.; art. 2087 c.c.)

*Si deve ravvisare un rapporto di **lavoro parasubordinato**, tutte le volte in cui un lavoratore per sé autonomo abbia un rapporto quasi continuativo e di fiducia con la committente, la quale ultima proprio per questo motivo avrebbe dovuto impartire i necessari divieti, predisporre i necessari presidi, e fornire le preventive necessarie istruzioni e prescrizioni, attività tutte che sono richieste a chi ricopre una posizione di garanzia. Sussiste comunque un concorso di colpa poiché gravava in capo al lavoratore l’obbligo di prendersi cura della propria sicurezza ed agire secondo prudenza, tanto più perché “uomo di fiducia” non legato da vincolo di dipendenza e quindi godeva di un maggior grado di autonomia rispetto ad un lavoratore dipendente.*

Corte d’Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 3/2013 – Cons. Est. Majolino - Imp. XX

Responsabile della Direzione Logistica – Delega committente proprietaria – Delega in materia di sicurezza sul lavoro con autonomia di spesa – Luogo di lavoro – Responsabile dei lavori

*Il **datore di lavoro** ha l’obbligo di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro per tutti coloro che prestano la propria opera nell’impresa, anche qualora estranei all’ambito imprenditoriale. Inoltre il legislatore non ha predeterminato (art. 6, co. 1 D.Lgs 494/96) gli effetti della nomina del responsabile dei lavori, ma ha stabilito che l’area di esonero della responsabilità del committente dipende, in sostanza, dal contenuto e dall’estensione dell’incarico conferitogli. Se dunque il responsabile dei lavori è una sorta di alter ego del committente, destinatario in alternativa al committente degli obblighi all’art. 3 D.Lgs 494/96 e del disposto di cui all’art. 6 co. 2, è però necessario che con la sua nomina il committente indichi espressamente gli incarichi conferiti e quali poteri specifici intenda conferire al responsabile dei lavori.*

Tribunale Ordinario di Venezia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 429/2011 – Giud. C.I. Bitozzi – Imp. XY

Datore di lavoro – Delega di funzioni – Violazione obbligo di vigilanza – Esclusione – Ragioni

Datore di lavoro – Corretta individuazione del rischio interferenziale – Contenuti del PSC (Art. 40 cpv.; 589 co. 1 e 2; artt. 4 co. 1 e 2 e 9 co. 1 lett. c) bis D.Lvo 626/94; art. 2087 c.c.)

*Il datore di lavoro, che ha previsto una fattiva delega di funzioni e quindi un'esatta corrispondenza tra le posizioni formali assunte dai delegati e le funzioni da essi effettivamente svolte, non assume alcuna responsabilità anche in relazione alla violazione dell'obbligo di vigilare. E' esente da responsabilità anche il coordinatore per l'esecuzione dei lavori (c.d. CSE), ex art. 5 co. 1 lett. a), b) ed e) D.Lvo 494/96, essendo detti obblighi del CSE connessi alla presenza di **rischi interferenziali** nell'aria di cantiere e non, quindi, a rischi propri dell'impresa esecutrice. Ne consegue che, poiché l'obbligo di vigilanza stretta sull'operato dei lavoratori era stato delegato dai datori di lavoro ai sottordinati gerarchici (direttore d'impresa, direttore di cantiere e capocantiere), questi ultimi non sono esenti da responsabilità.*

Tribunale Ordinario di Venezia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 1072/2013 – Est. De Fazio – Imp. XY

Infortunio sul lavoro – danno subito dal lavoratore – responsabilità penale del datore di lavoro – posizione di garanzia.

*Chiunque abbia assunto, in qualsiasi modo, **posizione di preminenza** rispetto agli altri lavoratori, così da poter loro impartire ordini, istruzioni o direttive sul lavoro da eseguire, deve essere considerato, per ciò solo, tenuto all'osservanza e all'attuazione delle prescritte misure di sicurezza ed al controllo del loro rispetto da parte dei singoli lavoratori (cfr. Cass. Sez. III, 6.7.1999 n. 11406; Cass. Sez. IV, 19.6.2007 n. 35666). (Fattispecie in cui il caposquadra-preposto, era certamente tenuto a sovrintendere e vigilare sull'osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza e di uso dei mezzi di protezione, oltre a verificare che soltanto i lavoratori con adeguate istruzioni accedessero alle zone che li esponevano ad un rischio grave e specifico (art. 19, lett. a, b, d D.lgs 81/2008).*

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 881/2011 – Est. Bianchi - Imp. XX

Omicidio colposo aggravato per violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro – Violazione normativa antinfortunistica – Prevenzione del rischio – Responsabilità penale del datore di lavoro – Responsabilità penale del RSPP (Responsabile del Servizio di Protezione e Prevenzione) di una società – Posizione di garanzia – Delega di funzioni – Colpa – Concorso di colpa – Violazione normativa antinfortunistica

Il datore di lavoro non è liberato dall'incarico conferito al RSPP e quest'ultimo, pur non essendo responsabile nella sua funzione propria di RSPP, assume posizione di garanzia in forza di un incarico quale responsabile della sicurezza, seppure senza potere di spesa "pieno".

Tribunale di Venezia - Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 646/2013 - Est. Bitozzi - Imp.XY+9

Infortunio sul lavoro – Lesioni colpose - Associazione Temporanea di Imprese (A.T.I.) - Posizione di garanzia nell'appalto e subappalto - Committente, dirigente, preposti - Responsabilità colposa/omissiva - Concorso colposo attuazione di misure di prevenzione - Piano Operativo di Sicurezza - Piano Sicurezza Cantiere – Sussistenza - Ragioni

*Non possono andare esenti da responsabilità colposa il committente ed il datore di lavoro dell'operaio infortunato, quali responsabili primari della sicurezza nelle rispettive imprese, per non aver attuato alcuna forma di cooperazione e/o coordinamento volta ad eliminare **i rischi interferenziali** tra le lavorazioni di competenza di ciascuna impresa e di non aver attuato le misure di prevenzione previste nel PSC.*

Deve affermarsi la responsabilità colposa del capo cantiere per non aver attuato le misure di prevenzione del PSC, avendo consentito che il lavoratore eseguisse le mansioni a cui egli stesso lo aveva adibito, e del coordinatore della sicurezza in ordine alla causazione dell'infortunio per aver omesso, quale coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, le verifiche ed interventi di sua competenza ex art. c. lett.a) e) f) D.Lvo 494/96.

Alcun addebito di colpa sussiste in capo ai consulenti per la realizzazione dei lavori, assistenti di cantiere, in quanto questi hanno assunto un obbligo di consulenza, di natura esclusivamente tecnica in relazione all'andamento dei lavori, senza alcuna assunzione di compiti ed obblighi di sicurezza in merito alla esecuzione degli interventi, in ordine ai quale erano stati delineati altri soggetti responsabili”

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Quarta Penale - Sent. 906/2011 - Cons. Rel. Risi – Imp. XX+YY

Lesioni colpose ex art. 590 co. 1, 2 e 4 intossicazione da monossido di carbonio impianto di riscaldamento domestico - Concorso colposo di condotte indipendenti - Condanna al risarcimento del danno - Testimonianza della persona offesa - Appello della parte civile ex art. 576 c.p.p.

La Corte veneziana, su impugnazione della sola parte civile ex art.576 cpp, ha riformato la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale Monocratico di Verona, con cui erano stati assolti due tecnici addetti alla manutenzione delle caldaie, imputati di lesioni colpose in danno di una intera famiglia, intossicata dalle esalazioni di monossido di carbonio fuoriuscite dalla caldaia domestica. Gli imputati, in tempi ravvicinati ma diversi, erano intervenuti autonomamente per la manutenzione di una caldaia domestica. L'assoluzione veniva pronunciata dal primo giudice sulla scorta di una perizia tecnica che escludeva la riconducibilità dell'evento alla condotta degli imputati, nonché sulla base del fatto che non erano state ritenute credibili le deposizioni testimoniali delle parti civili. La Corte, ritenendo invece coerenti e puntuali le affermazioni rese dai componenti del nucleo familiare costituitisi parte civile, ha riformato la sentenza in punto nesso di causa ed in punto responsabilità. La causa dell'evento è stata individuata dalla Corte nel mal posizionamento di un tappo sulla caldaia, causato dall'errato intervento tecnico effettuato, in due tempi diversi, distintamente dagli imputati. In particolare al primo tecnico è stato addebitato di aver maldestramente posizionato, e rotto, il tappo di chiusura della canna fumaria e di non aver avvertito le parti civili del pericolo; al secondo tecnico è stata riconosciuta la colpa di non essersi accorto del macroscopico errore commesso dal primo tecnico, e di non avervi posto rimedio con una specifica riparazione. La Corte riconosciuta la responsabilità in solido degli imputati li

condannava al solo risarcimento del danno alle parti civili, non pronunciandosi in punto responsabilità penale in assenza di impugnazione del Pubblico Ministero.

Tribunale Ordinario di Venezia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 1976/2008 – Giud. Valeggia – Imp. XX

Datore di lavoro – Lesioni colpose – Carenze nella disciplina antinfortunistica – Responsabilità del datore di lavoro - Sussistenza

Trattandosi di sentenza di patteggiamento il precedente risulta utile al fine di individuare la fattispecie concreta rispetto alla quale il PM ha formulato l’addebito di colpa specifica per violazione dell’art 35 D.Lvo 626/94: nella fattispecie in particolare il datore di lavoro aveva consentito che la sega circolare venisse utilizzata anche per lavorazioni che, per le loro caratteristiche, necessitavano della rimozione della cuffia di protezione della lama.

Corte d’Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 24/2011 – Cons. Est. Paccagnella - Imp.ti XX + altri

Omicidio colposo - Esposizione del lavoratore ad amianto - Morte del lavoratore a seguito di mesotelioma - Oneri del Giudice in tema di accertamento del nesso causale

Infortuni sul lavoro – Prevenzione - Direttore di stabilimento - Assenza del conferimento di delega di funzioni – Rilevanza - Esclusione

Infortuni sul lavoro - Destinatari delle norme - Pluralità di posizioni di garanzia - Responsabilità dei diversi garanti - sussistenza

Omicidio colposo - Elemento soggettivo del reato - esposizione ad amianto dei lavoratori - Concentrazione atmosferica degli agenti chimici in misura inferiore ai parametri quantitativi predeterminati *ex lege* - Esonero da responsabilità del datore di lavoro per la morte dei lavoratori - Insussistenza - Esistenza di tecnologie idonee ad abbattere ulteriormente le concentrazioni atmosferiche di agenti chimici nei luoghi di lavoro - Mancata adozione da parte del datore di lavoro – Colpa - Sussistenza.

*Nel delitto di omicidio colposo consistito in un mesotelioma occorso ad un lavoratore associabile ad esposizione ad **amianto** deve accertarsi il **nesso causale** tra esposizione alle polveri e patologia. [La sentenza si occupa dei decessi dei lavoratori (Breda-Fincantieri) in conseguenza dell’esposizione ai materiali contenenti amianto.*

La sentenza ruota attorno al tema del nesso causale; fatti propri i principi delle SS.UU. Franzese, la sentenza appare interessante sia in quanto recepisce i criteri della c.d. “tripletta diagnostica” (Tac, esame istologico, esame immunoistochimico) ai fini della individuazione (anche in assenza di autopsia) dei casi di mesotelioma maligno; sia in quanto la premessa della ricostruzione del nesso causale nei singoli casi muove dall’assunto per cui (indipendentemente dalla dimostrazione dell’epoca di insorgenza del tumore) ogni esposizione all’amianto aumenta il rischio di contrarre la malattia e deve quindi intendersi come causalmente efficiente].

Tribunale di Venezia – Sezione del Giudice per le Indagini Preliminari – Sent. 2948/2012 – Est. Marchiori - Imp. XX

Infortuni sul lavoro – Opere pubbliche - Assistente alla direzione lavori – Colpa generica – Colpa specifica – Sussistenza

Sussiste la responsabilità dell'assistente alla direzione lavori - figura espressamente contemplata dagli artt. 147 e segg. del D.P.R. n. 207 del 5.10.10 come collaboratore del direttore di lavori – per non aver eseguito i propri compiti di verifica, controllo e sorveglianza anche nella fase di opere provvisoria.

Corte d'Appello di Venezia – Sezione Terza Penale – Sent. 1462/2013 – Cons. Est. Bianchi – Imp. XX

Infortuni sul lavoro – Piano Operativo di Sicurezza (P.O.S.) – Preposto per la sicurezza in cantiere – Posizione di garanzia – Sussistenza

La qualifica di preposto per la sicurezza in cantiere non comporta l'assunzione da parte del soggetto investito della menzionata qualifica di una specifica posizione di garanzia (né esclusiva né concorrente con il datore di lavoro), bensì un ruolo ausiliario rispetto al datore di lavoro.

Tribunale di Roma – Sezione del Giudice per le Indagini Preliminari – Sent. 2028/2013 – Est. Savio – Imp. XX

Infortuni sul lavoro - Coordinatore della sicurezza sui cantieri nella fase esecutiva (C.S.E.) – Segnali di allarmi – Principio dell'affidamento – Non luogo a procedere

I c.d. “segnali d'allarme” sono il presupposto per l'individuazione, in capo all'agente, del momento rappresentativo dell'elemento soggettivo del reato in genere.

Corte di Cassazione – Sezione Quarta Penale – Sent. 847/2013 - Pres. Sirena, Rel. Montagni – Imp. XX

Infortuni sul lavoro - Obblighi di formazione – Causalità commissiva – Cause di esclusione del rapporto di causalità – Sussistenza del reato (art. 589, comma 1,2,3 c.p.)

L'esistenza del rapporto di causalità può escludersi solo nei casi in cui sia provata l'abnormità del comportamento del lavoratore infortunato e sia provato che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento. Il comportamento imprudente o negligente verso la propria incolumità non intacca la funzionalità degli obblighi protettivi del datore di lavoro.

Tribunale di Perugia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 934/2014 – Est. D'Andria – Imp. ti XX e XY

Infortunio sul lavoro - Procuratore Istitore delegato per la sicurezza - Nesso di causalità- Comportamento abnorme – Insussistenza

La condotta abnorme del lavoratore assume rilievo interruttivo del nesso di causalità tra le violazioni ascrivibili agli imputati e l'evento lesivo, prevalendo sulla mancanza di formazione dello stesso.

Tribunale di Perugia – Ufficio del Giudice Monocratico Penale – Sent. 71/2014 – Est. Noviello
Imp.ti XX e XY

Infortuni sul lavoro - Nesso di causalità – Insussistenza

Pur emergendo la possibilità della riconducibilità dell'infortunio ad una carente manutenzione del macchinario, laddove non si possa escludere con assoluta certezza che la chiusura della pressa sulle dita della persona offesa sia dipesa da altre circostanze (ad esempio di tipo elettrico), come tali non strettamente ricollegabili alle attività di manutenzione né tantomeno traducibili, con sicurezza in conseguenze lesive correlate ad omessa o approssimativa manutenzione del macchinario, l'imputato va assolto.