

I WORKING PAPERS DI

OLYMPUS

8/2012

Gabriele Marra

La prevenzione degli infortuni sul
lavoro e il caso Thyssenkrupp.
I limiti penalistici delle decisioni
rischiose nella prospettiva delle
regole per un lavoro sicuro

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 230 del 12 maggio 2011

“I Working Papers di Olympus” costituiscono una raccolta seriale e progressiva, pubblicata *on line*, di saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si collocano fra le iniziative dell’Osservatorio “Olympus” dell’Università di Urbino “Carlo Bo” (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, l’attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall’Osservatorio. I saggi inseriti ne “I Working Papers di Olympus” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci

Comitato Scientifico

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Lauralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Luca Nogler, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli

Comitato di Direzione

Alberto Andreani, Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Gaetano Natullo, Paolo Polidori

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Romina Allegrezza, Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Stefano Costantini, Silvano Costanzi, Lucia Isolani, Laura Martufi, Natalia Paci

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Carlo Bo” di Urbino

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

I saggi destinati alla pubblicazione su “I Working Papers di Olympus” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto.

Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell’organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note e bibliografia.

Gli apparati di note e bibliografici possono essere redatti in una delle seguenti forme:

1) tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. In tal caso non è necessario un elenco bibliografico finale;

2) riferimenti bibliografici inseriti direttamente nel testo tra parentesi, con l’indicazione del cognome dell’autore, dell’anno di pubblicazione e della pagina citata (es.: Giugni, 1960, 122) – e con un elenco finale in ordine alfabetico di tutti i riferimenti bibliografici effettuati (es.: Giugni G., 1960: *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano). Nel caso di più opere di uno stesso autore, dopo l’anno va indicata una lettera dell’alfabeto in ordine crescente in relazione alla data di pubblicazione (es.: Giugni, 1960a, 122). Nel caso di cognomi uguali, dopo il cognome va indicata la lettera maiuscola iniziale del nome di battesimo (es.: Zoppoli L., 1984, 111).

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti alla preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico. La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al giudizio espresso dai due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. La stessa procedura vale per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d’origine.

I saggi pubblicati su “I Working Papers di Olympus” potranno essere successivamente destinati anche a libri o riviste in formato cartaceo purché se ne dia adeguatamente conto in sede di pubblicazione elettronica.

Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve *abstract* in italiano e in inglese, dall’indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dall’indirizzo di posta elettronica dell’autore e dalla qualifica accademica o professionale di quest’ultimo.

Gabriele Marra

La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 8/2012 – <http://olympus.uniurb.it>

I contenuti di questa opera sono rilasciati sotto Licenza Creative Commons Attribuzione - Non opere derivate 2.5 Italia License

Gabriele Marra è professore associato di Diritto penale nell'Università di Urbino "Carlo Bo"
gabriele.marra@uniurb.it

Abstract

La condanna per omicidio volontario - *sub species* dolo eventuale - dell'amministratore delegato della Thyssenkrupp è una novità assoluta nel quadro della prassi relativa all'accertamento delle responsabilità conseguenti alla verificazione di eventi infortunistici nei luoghi di lavoro. Plurime sono tuttavia le critiche che possono muoversi a tale decisione. In particolare, quella di aver trascurato due elementi qualificanti l'attuale disciplina della sicurezza dei lavoratori: (i) l'incertezza con cui si confronta chiunque sia gravato di obblighi di prevenzione del rischio; (ii) la dimensione organizzativa che connota l'intero impianto regolamentare vigente in materia. La non adeguata valorizzazione di questi profili da parte del giudice penale, introducendo una marcata discontinuità rispetto alle cadenze disciplinari fissate dal legislatore extrapenale, compromette, in prospettiva, talune delle condizioni da cui dipendono le possibilità di assicurare un prevenzione effettiva e, quindi, un elevato livello di protezione dei soggetti esposti ai rischi generati dall'esercizio di attività d'impresa. Le possibilità ed i limiti di un maggior livello di integrazione tra criteri di imputazione penalistica e disciplina extrapenale di riferimento, in vista del superamento di questo esiziale *gap*, sono oggetto delle riflessioni che seguono.

The judgment in the Thyssenkrupp's case stated an absolutely new principle, almost for the Italian experience. For the first time a top manager has been convicted for the voluntary homicide of seven of his employees. An event caused by the lack of some qualified preventive measures. The employer omitted these measures because a wrongful evaluation of the risk suggested to save their costs. In so doing – as the Court noted – he accepted the risk of such dramatic event, acting with *dolus eventualis*. The lack of any consideration of two fundamental features – (i) the uncertainty characterising any decision about risk and (ii) the organizational dimension of regulatory environment - undermines this conclusion and jeopardizes, in the long run, the effectiveness of the whole prevention's system. The possibilities of an high level of integration between criminal law and workers' security regulation are here discussed in order to fill this fatal gap.

Parole chiave: dolo eventuale, colpa, responsabilità degli enti, prevenzione, rischio, organizzazione
Keywords: dolus eventualis, negligence, corporate crime, prevention, risk, organization

ISSN 2239-8066

OLYMPUS

Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino “Carlo Bo”

Via Matteotti, 1 – 61029 Urbino (Italy)

Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955 – olympus@uniurb.it

<http://olympus.uniurb.it>

La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*

8/2012

di Gabriele Marra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Temi. – 3. Novità. 3.1. Prospettive. 3.2. Concordanze e discordanze tra canoni. – 4. Dolo eventuale. 4.1. Criticità. – 5. “La mancata applicazione alla realtà” della valutazione del rischio. 5.1. Quali cautele in un sistema di co-gestione dei rischi? 5.1.1. Prassi cautelari e doveri di perizia. Un compromesso possibile. 5.2. Realistiche valutazioni. – 6. Responsabilità degli enti e sistema penale. 6.1. Convergenze parallele? – 7. Conclusioni.

1. Premessa

La decisione della Corte di Assise di Torino sul caso Thyssenkrupp imprime una decisa svolta alla prassi della responsabilità penale in materia di infortuni sul lavoro. Il tempo dirà se si è trattato di una deviazione momentanea, oppure di una nuova rotta nel percorso che conduce all’effettiva sicurezza dei luoghi di lavoro. Allo stato è una preziosa occasione per discutere dei rapporti tra intervento penalistico e impianto delle regole per un lavoro sicuro. Relazione imprescindibile, in un’ottica strumentale, nella prospettiva di un reale innalzamento dei livelli di sicurezza dei lavoratori, che si ritiene doveroso sviluppare, anche in un’ottica metodologica, se si condivide l’ormai comune idea che “il diritto penale [è] strumento e limite della politica criminale” (*id est*: di “tutto ciò che attiene alla formalizzazione giuridica del controllo sulla devianza”)¹. Nessuno strappo è così inferto alla tradizionale e conservativa logica ‘separatista’ dei settori disciplinari. Si tratta, infatti, solo di un coerente sviluppo del programma di scopo (preventivo) che fa del diritto penale una delle possibili risorse alle quali

* Un ringraziamento per le utili osservazioni ad una precedente versione di questo scritto va ai Proff. Lucio Monaco, Paolo Pascucci, Alessandro Bondi, Stefano Fiore, Filippo Marra, Roberto Brunelli, Luciano Angelini. Un ringraziamento è dovuto, altresì, all’Avv. Carlo Vito Magli, per i dati che mi ha messo a disposizione, e alla Prof. Gigliola Mancini e alle dott. Chiara Bigotti e Lucia Turchi per la lettura del manoscritto. Va da sé che la responsabilità per quanto resta di discutibile è attribuibile solo all’autore.

¹ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3 ss. (ivi anche le citazioni, rispettivamente a pag. 7 e 6).

attingere per risolvere problemi sociali ²: decisione da prendere solo dopo aver valutato le potenzialità operative degli altri strumenti di intervento a disposizione dell'ordinamento (*extrema ratio*) e solo dopo aver guardato in faccia la realtà. La sensibilità all'empiria è, infatti, un tratto saliente di un sistema penale che, perseguendo scopi preventivi, è alimentato da direttrici politico-criminali attente alla rilevazione delle conseguenze delle proprie ricette operative ³.

Prende così forma un programma di ricerca senza dubbio ambizioso; se non altro perché suggerisce di aggiornare alcuni dei punti focali del tradizionale dibattito penalistico ⁴. Basti pensare, per limitarsi al più macroscopico esempio, alla progressiva perdita di centralità dell'evento (*id est*: ciò che si è fatto) conseguente alla valorizzazione dei suoi necessari antecedenti: la decisione (*id est*: perché lo si è fatto) e le modalità con cui si è arrivati a formulare la scelta (*id est*: come è stato fatto) ⁵. Elementi che irrompono nel dibattito, soprattutto, per il loro spessore empirico ⁶, sottraendosi, così, alla presa delle critiche che investono i tentativi di ri-polarizzare la definizione dell'illecito valorizzando elementi espressivi di un disvalore d'azione. Sforzi giudicati illegittimi, perché stigmatizzati come scivolamenti verso inammissibili forme di diritto penale dell'intenzione (*Gesinnungsstrafrecht*) ⁷. Ciò che interessa qui evidenziare è il fatto che, in questa veste, non si limitano a fare emergere eventuali incongruenze tra teoria e prassi, suggerendo limitati aggiornamenti nelle rispettive logiche operative. Entrambi sono infatti dotati di una penetrante capacità di condizionamento del processo di identificazione dei criteri fondanti le scelte di criminalizzazione primaria – di competenza del legislatore –, non meno di quelli che concorrono a definire il merito dei processi di selezione e qualificazione di cui sono protagoniste le agenzie di controllo – criminalizzazione secondaria – ⁸. La capacità di mettere in discussione taluni assiomi delle forme logiche che contraddistinguono le categorie dell'imputazione penalistica, completa questa preliminare ricognizione dei

² F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 55 ss.

³ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 430 ss.

⁴ T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1996, p. 1158 ss.

⁵ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 140.

⁶ G. KAISER, "Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach" aus der Perspektive der Kriminologie, in U. SIEBER, H. J. ALBRECHT (Hrsg), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin, 2006, p. 72 ss.

⁷ Sul punto cfr. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, p. 12 ss.

⁸ Ga. MARRA, *Sussidiarietà penalistica e sicurezza dei lavoratori*, in A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità penale individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2011, p. 1 ss. (in corso di pubblicazione).

livelli di interrelazione tra tale realistica premessa ed il sistema penale, che sperimenta così sommovimenti analoghi a quelli che hanno investito l'apparato regolamentare⁹.

Data la vastità degli argomenti, in questa sede ci si deve accontentare di discutere la condizione minima di validità di tale approccio integrato: evitare incoerenze, nel perseguimento del comune obiettivo, tra i modi di intervento del diritto penale e le scelte disciplinari che connotano i tratti dell'ambiente regolativo¹⁰.

2. *Tem*

Il punto di più netta emersione delle novità che distanziano la sentenza rispetto ai precedenti, coincide con l'affermata esistenza di una responsabilità dolosa del vertice aziendale: decidendo di non intervenire per adeguare le installazioni di sicurezza, l'amministratore delegato, prevedendo la verifica dell'evento, ha accettato il rischio che si verificasse la morte degli addetti ad una delle linee produttive del suo stabilimento. Questo aspetto non esaurisce però l'importanza della decisione. Non meno significative si rivelano infatti le conclusioni dalla Corte raggiunte in relazione ad altre accuse cristallizzate nel capo di imputazione, riguardanti, tra l'altro, la colpa, per lo stesso fatto, del *management* aziendale e la ravvisata responsabilità dell'ente (d.lgs. n. 231/2001). Le riflessioni che seguono, limitate a queste tre aree tematiche, intendono approfondire la tenuta dei rispettivi apparati motivazionali e discuterne talune implicazioni sul piano delle conseguenze¹¹.

3. *Novità*

Le conclusioni cristallizzate dalla Corte all'esito di un impegno motivazionale poderoso, che si snoda attraverso cinquecento fitte pagine di dettagliata analisi, 'consacrano' un impianto accusatorio costruito a partire da una esatta messa a fuoco della pietra angolare di ogni sforzo inteso a salvaguardare efficacemente l'incolumità dei lavoratori: l'originaria elaborazione, da parte del soggetto obbligato, delle linee prospettive entro cui inquadrare il processo di identificazione delle misure cautelari richieste dalla specificità dei casi. A partire dall'accertamento del fatto, il controllo del giudice penale risale così la corrente dei flussi di competenze, fino ad arrivare al momento primitivo dell'intera

⁹ L. MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, p. 39 ss., spec. p. 45 ss.

¹⁰ Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla sicurezza dei luoghi di lavoro*, Torino, 2009.

¹¹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 282 ss.

vicenda; fatto coincidere con le decisioni riguardanti la definizione delle strategie produttive. Matrice delle scelte che investono l'organizzazione del lavoro e, quindi, dell'atteggiarsi dei fattori di rischio per l'incolumità degli addetti. Rischi che sarebbe vano contrastare limitandosi a statuire obblighi di agire con cautela a valle di queste decisioni.

Le decisioni apicali sono, dunque, doppiamente rischiose: economicamente e giuridicamente. Circostanza che aumenta il loro tasso di complessità e, così facendo, non aiuta l'ordinamento a far valere, nei fatti, la sua giusta pretesa di garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro. La moderna psicologia sperimentale ha infatti chiarito che tali situazioni facilitano il proliferare di quelle distorsioni cognitive (“*bias*”) che, operando spontaneamente e al di fuori di scelte consapevoli da parte del decisore, sono alla base di molti fallimenti decisionali¹². L'eccesso di sicurezza è uno di questi atteggiamenti. I decisori, compresi i garanti della sicurezza impegnati nel loro compito prognostico, sono così portati a sovrastimare la propria capacità di predizione del futuro e, quindi, a riservare scarsa attenzione “ai fattori che limitano l'accuratezza predittiva” (artt. 2, comma 1, lett. q) ed s), d.lgs. n. 81/2008) o agli indizi che segnalano l'inaccuratezza di valutazioni precedentemente effettuate (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2008)¹³. Distorsioni destinate ad amplificarsi per gli effetti del c.d. pensiero di gruppo (“*group thinking*”) quando, com'è la regola in contesti aziendali complessi, il compito decisionale si svolge in un ambiente pluripersonale¹⁴. Resta tuttavia vero che la sicurezza del lavoro resterà una chimera se l'ordinamento giuridico, nonostante le accennate difficoltà, non sarà in grado di far sì che le “misure di prevenzione [vengano adottate] a monte delle lavorazioni, cioè al momento dell'apertura dei reparti e delle aziende, [o] quando vengano ristrutturare, quando i cantieri vengono aperti”¹⁵.

Le implicazioni penalistiche di questo scenario sono di rilievo. In caso di eventi infortunistici, le responsabilità non si esauriscono al livello dei preposti alla diretta gestione dello stabilimento produttivo in cui avviene l'infortunio, dipendendo quest'ultimo da condizioni il cui controllo è dislocato ad altri livelli di competenza. Da “questi processi emerge [infatti] che si gestisce lo stabilimento non solo da dentro i capannoni, ma anche standone fuori, tra le mura di un consiglio di amministrazione dove si determinano le condizioni di lavoro, con spese fatte o non fatte, prevenzioni attuate o evitate per non spendere”¹⁶. A

¹² D. KAHNEMAN, *Mappe di razionalità limitata*, in M. PIATTELLI PALMARINI, M. MOTTERLINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, 2005, p. 83.

¹³ In generale e per la citazione cfr. A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: heuristics and biases*, in *Science*, CLXXXV, 1974, n. 4157, p. 1126 ss.

¹⁴ R. THALER, C. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, Milano, 2009, p. 61 ss.

¹⁵ R. GUARINIELLO *Thyssenkrupp: una sentenza storica*, in *www.articolo21.info*, 13 dicembre 2011, p. 1.

¹⁶ R. GUARINIELLO, *Thyssenkrupp*, cit., p. 2.

questo aggiornamento degli interessi repressivi, corrisponde, sul piano preventivo, una rimodulazione dei parametri significativi per una razionale declinazione di tale scopo sul piano del merito delle prescrizioni normative. A livello regolamentare, attesta l'esigenza di includere tra gli obiettivi dello stesso la necessità di calibrare interventi in grado di ordinare taluni essenziali snodi del processo decisionale, attraverso l'indicazione dei parametri che i soggetti obbligati debbono di regola utilizzare nella formulazione delle valutazioni di rischio alle quali sono tenuti. Ciò al fine di metterli in grado di "fare previsioni non distorte": il massimo che il legislatore sembra poter pretendere in un mondo popolato da soggetti privi delle "facoltà intellettuali di Albert Einstein", della "capacità di memoria" di un supercalcolatore "e di una forza di volontà degna di Gandhi"¹⁷. A livello penalistico segnala, invece, l'esigenza di calibrare le scansioni logiche del discorso preventivo includendo nelle premesse l'emergenza di tali 'inediti' scenari empirici. Dati che dovranno poi essere ponderati anche al momento di analizzare gli istituti dell'imputazione soggettiva (dolo e colpa) ed accertarne l'effettiva sussistenza¹⁸. Il minimo che si deve pretendere per arginare le macro-pretese punitive indotte dal riferimento a quel "condensato di umane virtù" rappresentato dall'agente modello¹⁹. Un'esigenza di normalizzazione personalistica che il sistema penale condivide con l'apparato regolamentare, sebbene sconti rispetto ad esso un ritardo apprezzabile, evidenziato dagli indubbi progressi che il d.lgs. n. 81/2008 consente di registrare in questa direzione²⁰.

Ad essere così registrata non è solo la premessa per cambiamenti di rilievo nella prassi di accertamento delle responsabilità, tradizionalmente povere e semplificate, ma anche una significativa modificazione del suo oggetto: identificato nelle decisioni apicali che danno corpo alle strategie imprenditoriali e che condizionano, in modo determinante, tutti gli snodi essenziali della vita dell'impresa²¹. Momento che entra nella sfera di interesse del sistema penale in una duplice prospettiva. In primo luogo, per la qualità dei criteri utilizzati. Secondariamente, per la specificità dei processi aziendali che definiscono la cornice del potere decisionale, alla cui disamina la Corte riserva l'intero capo n. 12. della sentenza. A questo proposito, si deve *in limine* osservare che l'impegno profuso dal giudice torinese per dimostrare l'invalidità della delega e la discrasia esistente tra la reale dinamica decisionale e quella fissata dai mansionari, non sembra poter scalfire la validità di quanto sin qui osservato. Quel giudizio elide

¹⁷ R. THALER, C. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, cit., p. 12 ss.

¹⁸ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004.

¹⁹ F. GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 10, p. 1296.

²⁰ Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, cit., p. 127 ss.

²¹ Ga. MARRA, *Prevenzione, organizzazione e sistema penale nel prisma dell'extrema ratio*, in C. V. MAGLI (a cura di), *Il sistema sicurezza in azienda*, Rimini, 2011, p. 225 ss.

invero solo il rilievo di una specifica modalità organizzativa del compito decisionale, lasciando però intatta la centralità delle questioni afferenti alle ragioni e alle modalità della decisione ‘incriminata’ ai fini del complessivo giudizio sulla responsabilità degli autori ²².

3.1. *Prospettive*

Questa appariscente innovazione se, nell’ottica della Corte, è una scelta obbligata, almeno con riferimento alla posizione dell’amministratore delegato, data la specificità del criterio di imputazione soggettiva ipotizzato a suo carico, trova una diversa giustificazione prendendo come punto di riferimento il momento di avvio del processo di accertamento. Libera da vincoli di qualificazione giuridica dei fatti, la scelta della Procura sembra potersi spiegare evidenziando la sua consonanza rispetto alle matrici caratterizzanti l’architettura regolativa. Depone in tale senso l’affermazione “che le leggi che già abbiamo a nostra disposizione” sono efficaci e consentono di comprendere “la consapevolezza che [i vertici aziendali] avevano del rischio che decisero di correre” ²³. Affermazione che presuppone la previa identificazione del momento decisionale come oggetto primario del processo di accertamento, data la sua essenzialità ai fini del corretto adempimento degli obblighi di sicurezza che gravano sul datore di lavoro. Conclusione che trova conferma nell’oggettiva concordanza di questo atteggiamento delle agenzie del controllo penale con la definizione contenuta nell’art. 2, lett. g), d.lgs. n. 626/1994 (normativa applicabile ai fatti accaduti il 6 dicembre 2007), che identifica la prevenzione con il “complesso delle *disposizioni* o delle misure adottate o *previste*” e, quindi, anche con interventi che, per il loro carattere progettuale, rientrano tra le competenze esclusive dei vertici aziendali, alla cui decisione è rimesso il compito di stabilire, unitamente all’organizzazione dei fattori produttivi, tempi e modi di attuazione delle regole di sicurezza conformi allo scopo ²⁴. Concetto che il legislatore ha cura di ribadire, definendo l’oggetto della valutazione dei rischi (art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81/2008) ed identificando i casi di necessaria revisione della stessa (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2008).

Il rilievo penalistico “delle disposizioni” (*id est*: del momento decisionale) non si arresta, però, a questo livello. Come anticipato, assume un importante significato anche dal punto di vista delle specificità che ne caratterizzano lo svolgimento,

²² In generale cfr. C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d’impresa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1988, p. 137 ss.

²³ R. GUARINIELLO, *Thyssenkrupp*, cit., p. 2.

²⁴ Sul punto v. P. PASCUCCI, *3 agosto 2007 – 3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei luoghi di lavoro*, Fano, 2011, p. 174.

almeno in contesti aziendali ad elevata articolazione operativa. Tale soluzione, ricavata dall'opportuna valorizzazione di un dato di realtà, può dirsi dovuta²⁵. La rende necessaria la vigenza del principio costituzionale che consacra la personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.) e che impone, quindi, all'interprete, di selezionare lo specifico rilievo penalistico di ciascuno dei segmenti che, in sinergia, concorrono a definire la piattaforma della decisione²⁶. Merita tuttavia di essere evidenziata anche per un altro motivo. Dimostra, infatti, un elevato grado di adeguatezza con le direttrici che innervano la regolamentazione extrapenale, caratterizzate da importanti momenti di intervento sull'aspetto organizzativo della decisione: a valle, includendo tra le condizioni di validità del "documento di valutazione dei rischi" l'identificazione di uno specifico organigramma esecutivo (*id est*: chi fa, che cosa in materia di sicurezza); a monte, riconoscendo l'esigenza di allargare la piattaforma informativa di cui deve poter disporre il garante primario per ben adempiere i suoi obblighi di sicurezza, attraverso la previsione del necessario contributo da parte di soggetti portatori di conoscenze qualificate (medico competente; responsabile del servizio di prevenzione e protezione).

3.2. *Concordanze e discordanze tra i canoni*

La coerenza che l'impianto della decisione torinese dimostra con le specificità che, con maggior nettezza, qualificano la filosofia regolativa, se da un lato consente di fissare alcune delle condizioni essenziali per poter anche solo immaginare futuri atteggiamenti imitativi, dall'altro, alla luce della diversità che si coglie rispetto alle movenze che connotano l'usuale atteggiamento della prassi, dimostra la distanza che ancora separa i protagonisti delle vicende che segnano l'esperienza della tutela penale della sicurezza del lavoro dal quadro normativo di riferimento e, quindi, l'elevato rischio di incoerenza che grava sull'intero sistema di tutela.

Ad essere così pregiudicata non è però solo la logica complessiva del sistema. Questo rischio getta infatti un'ombra lunga e sinistra sull'effettività preventiva dello stesso, che preoccupa l'interprete ben più dell'esistenza di eventuali sfilacciamenti sul piano formale²⁷.

²⁵ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 301 ss.

²⁶ Cass. 15 febbraio 2007, in *Cassazione penale*, 2007, p. 4278 e Cass. 15 maggio 2008, *ivi*, 2008, p. 722; Cass. 11 febbraio 1991, in *C.E.D. della Corte di Cassazione*, n. 188202 e Cass. 3 giugno 1999, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, p. 986; Cass. 20 settembre 2011, n. 34373 (inedita).

²⁷ La circostanza che il problema della prevenzione dei rischi debba essere considerata globalmente, nel contesto del complesso delle risorse disciplinari (penali, civili, amministrative, sociali, ecc.), è generalmente riconosciuta. J. M. SILVA-SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*.

La cristallizzazione del rimprovero penale sulla causazione dell'evento, conseguenza di giudizi limitati alla causa prossima dello stesso – identificata con l'erronea adozione delle sole misure antinfortunistiche – neutralizza la specifica finalità punitiva del dolo e, con essa, l'effetto preventivo associato al più rigido trattamento sanzionatorio che gli è proprio²⁸. Se il momento decisionale viene tagliato fuori, l'interprete non è in grado di stabilire quale sia stato l'atteggiamento del reo nei confronti del bene tutelato e, quindi, neppure di decidere, con cognizione di causa, se vi sia stata oppure no l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento che concretizza l'offesa al bene giuridico. Dovrà pertanto sempre limitarsi a giudicare se l'evento sia dovuto alla evitabile discrasia tra il comportamento dell'agente e la linea di condotta in questi casi prescritta da obbiettivi doveri di diligenza e, quindi, se di esso l'autore debba rispondere a titolo di colpa. L'esito della frattura così introdotta rispetto ai canoni preventivi fissati dall'ordinamento extrapenale finisce per alimentare un generalizzato fenomeno di *underdeterrence*, che il complessivo quadro criminologico attesta come problematico (basti pensare ai casi di programmata insicurezza che caratterizza imprese sommerse o addirittura illecite)²⁹.

L'erosione delle capacità preventive così innescata si apprezza anche da un altro punto di vista.

Se è vero che una credibile capacità di condizionamento psicologico messo in atto attraverso minacce di pena è condizione irrinunciabile per ogni serio sforzo volto a garantire le condizioni per un lavoro sicuro, è altrettanto vero che tale irrinunciabile obbiettivo può essere solo parzialmente raggiunto se il sistema penale si accontenta della prevenzione negativa che la coazione psicologica è in grado di assicurare³⁰. Le condizioni per una efficace salvaguardia dell'incolumità dei lavoratori dipendono infatti da presupposti che possono essere controllati come fattori di rischio solo attraverso più ambiziosi strumenti di intervento. L'assetto della disciplina extrapenale dimostra con chiarezza questo assunto, ponendo al centro dell'edificio regolativo obblighi pro-attivi di identificazione di

Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali, Milano, 2004, p. 83 ss.; K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, p. 131 ss., p. 149 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, 2010, p. 221 ss.; C. PIERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 601.

²⁸ G. P. DEMURO, *Il dolo*, Milano, 2010, vol. II, p. 124 ss.

²⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009⁴, p. 318. In proposito si deve anche considerare, da un punto di vista più generale, che l'obbiettivo rarefazione dei controlli ispettivi da parte delle agenzie di *enforcement* incide negativamente sulla probabilità di emersione di violazioni, anche sistematiche, delle regole di sicurezza e, quindi, su un fattore essenziale ai fini di una efficace strategia general-preventiva.

³⁰ L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 962 ss., spec. p. 1000 ss.

tutti i fattori di danno potenziale; presupposto di successivi interventi ordinativi/cautelari dell'organizzazione aziendale e dei suoi processi decisionali. Scelta compiuta seguendo un filo logico affatto arbitrario: se non altro perché le sue premesse sono ben radicate sul dato empirico che, già oggi, attesta il maggior grado di efficacia di soluzioni così modulate. Risultati importanti, che interventi penali mal calibrati rischiano però di compromettere. La rivendicazione dell'autonomia della sfera di valutazione penalistica, se spinta oltre un certo limite rischia infatti di consegnare all'interprete uno strumento incapace di richiamare l'attenzione dei destinatari sull'esigenza di impegnarsi seriamente nella direzione indicata dalla disciplina regolamentare. Esito che consegue al rifiuto, opposto in nome di più alti ideali, di calibrare la qualità del rimprovero sulla inadeguatezza del comportamento individuale rispetto agli obblighi regolamentari³¹. Operando in piena autonomia, ciò che il sistema penale può direttamente conseguire è, infatti, solo il proliferare di adempimenti estemporanei ed a-tipici: importanti, ma dotati di un minor grado di efficacia preventiva; se non altro perché inadeguati ad assicurare quel grado di stabilità delle politiche di sicurezza che caratterizzano la filosofia regolativa della materia e, ancor prima, la non celata aspirazione del legislatore a trasformare l'organizzazione della sicurezza in una essenziale infrastruttura aziendale³². Risultati che, conviene ripetere, l'ordinamento giuridico può ragionevolmente attendersi solo se vengono valorizzate, sul piano teleologico ed operativo, le sinergie tra il sistema penale ed il reticolo disciplinare che fa da sfondo al primo. Prospettiva che nel procedimento torinese è stata sviluppata con apprezzabile impegno anche se non sempre, come si vedrà in seguito, con la necessaria coerenza.

4. *Dolo eventuale*

Il dolo eventuale è “rappresentazione della (concreta) possibilità della realizzazione del fatto di reato e accettazione del rischio (quindi, volizione) del

³¹ In questo senso si devono citare gli studi che hanno riscontrato un significativo decremento degli indici di incidenza e di gravità degli infortuni in corrispondenza dell'adozione ed efficace implementazione degli interventi organizzativi che caratterizzano la specificità dei sistemi di gestione. Cfr. M. I. BARRA, G. MORINELLI, A. TERRACINA, *OH&S Economic Analysis: An Evaluation Tool and Results on OSHAS 18001 Certified Company, Proceedings of XVII World Congress – KOSHA, June 29 – July 2 Korea*; ID., *L'adozione di un sistema di gestione per contrastare gli infortuni: INAIL i primi dati sull'efficacia degli SGSL*, in *Ambiente & Sicurezza*, 2008, n. 18. La definizione, da parte dell'Inail, delle politiche incentivanti discusse in quest'ultimo *paper*, a partire dai dati in precedenza riferiti, ne attesta la validità.

³² Il punto è ben colto dalla dottrina commercialistica, quando evidenzia il diffondersi di “leggi sempre nuove – [...] sulla sicurezza del lavoro [...] – che, pur riguardando solo indirettamente il diritto societario, incidono a fondo, sulla struttura della società per azioni, finendo per condizionare l'attività e la gestione dell'impresa”. G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 20 ss.

fatto medesimo”³³ Formula di sintesi alla quale ricorre non infrequentemente anche la giurisprudenza. La concordia che così si registra sul piano formale non è però in grado di celare, almeno agli occhi di lettori che non limitano il loro esame alle massime redazionali, la profonda divergenza nell’identificazione dei tratti qualificanti questa forma di dolo: contesi tra interpretazioni che ne valorizzano, in funzione di garanzia, le componenti individualistiche e letture che ne sviluppano, invece, i tratti normativi, per far spazio ad istanze di rafforzata tutela della società

³⁴

Nonostante l’oggettivo peso dei bisogni di giustizia originati dall’estrema gravità dei fatti sottoposti al giudizio della Corte – il brodo di cultura di frequenti eccessi general-preventivi – il giudice torinese, richiamando un recente intervento della Corte di Cassazione³⁵, ha preso chiaramente posizione a favore dell’opinione di chi afferma l’impossibilità di definire il *dolus eventualis* a prescindere dal riferimento al momento volontativo che concretizza l’appropriazione personale dell’evento, la cui realizzazione, pur non essendo intenzionalmente perseguita, è giudicata possibile³⁶. Il dolo eventuale non può quindi essere solo “accettazione del rischio”, perché, per sua intima natura (art. 43, comma 1, c.p.) implica una più netta presa di posizione in merito all’evento offensivo: una decisione con il bene giuridico³⁷. A partire da questa premessa, la Corte focalizza la sua attenzione due specifici “indicatori”³⁸, la cui presenza consente all’interprete di inferire che la decisione dell’agente esprime un suo favore nei confronti della lesione del bene giuridico. Tali indici, formalmente distinti ma logicamente interdipendenti, sono: (i) l’aver agito a costo del verificarsi dell’evento; (ii) l’aver agito senza riporre alcuna ragionevole fiducia nell’intervento impeditivo di fattori, oggettivi o soggettivi, concomitanti all’azione.

L’esame dell’ampio materiale probatorio consente alla Corte di rispondere positivamente al primo interrogativo e di fornire una risposta negativa al secondo dubbio e, quindi, di affermare l’esistenza del dolo eventuale di omicidio. In sintesi: consapevole del rischio-incendio, l’amministratore delegato, operando in assenza di elementi concomitanti ragionevolmente idonei ad escludere l’avveramento del danno potenziale, ha rinviato gli investimenti necessari per l’adeguamento dei sistemi di *fire prevention* senza però intaccare la continuità

³³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I (art. 1-84), Milano, 1995², p. 412.

³⁴ Per più ampi ragguagli cfr. Ga. MARRA, *Regolazione del rischio, dolo eventuale e sicurezza del lavoro. Note a margine del caso Thyssen*, in <http://olympus.uniurb.it>, 2011, p. 1 ss.

³⁵ Cass. 1 febbraio 2011, n. 120 (inedita). Le parti salienti si possono leggere negli ampi stralci riportati nella sentenza in commento.

³⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006⁴, p. 330.

³⁷ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000⁷, p. 279.

³⁸ W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Indice penale*, 1991, p. 481 ss.

produttiva. Ha così agito “a costo” di produrre l’evento, percependolo probabilisticamente come un danno collaterale che era necessario accettare se voleva portare a conclusione il proprio programma d’azione, ed ha quindi finito per subordinare le fondamentali esigenze di protezione dell’incolumità individuale alle ragioni del profitto (risparmio di spese e mantenimento dei ricavi)³⁹.

4.1. *Criticità*

La linearità del ragionamento della Corte si increspa, però, se i singoli passaggi vengono messi a confronto con le costanti in precedenza richiamate (la decisione e il suo processo), non rinunciando ad approfondire tutte le implicazioni di una lettura integrata delle regole per un lavoro sicuro e dei criteri di imputazione della responsabilità penale. Verifica che il giudice torinese non compie, distaccandosi così dall’impostazione dell’atto di accusa. Il nodo rappresentato dall’esistenza del dolo eventuale viene infatti sciolto attribuendo esclusivo rilievo a considerazioni deontologiche eminentemente penalistiche, il cui utilizzo è giustificato dal fatto che la formale articolazione del processo decisionale viene ritenuta dalla Corte una mera sovrastruttura, finalizzata in via esclusiva ad occultare il filo rosso delle responsabilità. A venire così in rilievo è una scelta che, se da un lato, altera la complessiva logica preventiva che caratterizza l’intervento ordinamentale a favore della sicurezza dei lavoratori, dall’altro rimuove un ostacolo di non poco conto per il raggiungimento di scopi general-preventivi. Il riferimento alla decisione e ai suoi processi è, infatti, un dato di realtà che immette nella ricerca del dolo un elemento refrattario a manipolazioni valutative, strumentali all’affermazione istanze di deterrenza. Costringe infatti l’interprete, nella ricerca del momento volontativo, a confrontarsi con la specifica qualità del patrimonio informativo detenuto dal decisore, con le reali indicazioni euristiche messe a sua disposizione dai plurimi centri di competenza funzionale coinvolti nel processo decisionale e, infine, con gli effettivi vincoli, della più varia natura, di cui ogni scelta deve tener conto. Nello specifico, date le censure mosse sul piano della colpa nei confronti degli altri garanti della sicurezza, avrebbe costretto l’interprete a tenere nel debito conto: (i) la sfuocata conoscenza fattuale acquisita dall’organo apicale attraverso il contributo dei dirigenti preposti al quotidiano controllo della fonte di rischio; (ii) l’opaca valutazione dagli stessi operata in ordine alla probabilità del verificarsi dell’evento e, in specie, in ordine al grado di funzionalità preventiva dei presidi cautelari in essere; (iii) l’esistenza di vincoli, definiti da pregressi accordi intervenuti, sotto il controllo pubblico, con le parti sociali, che limitavano l’insieme delle opzioni di scelta a disposizione del decisore. Elementi che sembrano mettere in forte dubbio la correttezza della soluzione a cui perviene la

³⁹ Per un esame critico della sentenza cfr. G.P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, 2012, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1 ss.

Corte. Alla luce di queste considerazioni, riesce infatti difficile escludere la ragionevolezza della fiducia riposta dal decisore nella sufficienza dei presidi cautelari comunque presenti sulla linea produttiva a rischio.

Ancor più arduo è poi concordare con la Corte in ordine all'avvenuto sovvertimento che la decisione avrebbe indotto nella gerarchia assiologica scolpita a livello costituzionale (artt. 32 e 41 Cost.). È a tal fine sufficiente considerare che le indicazioni di *policy* provenienti dai vertici della capogruppo scolpivano, per tutti, l'esigenza di intervenire prontamente per rimuovere ogni possibile smagliatura nei sistemi di prevenzione antiincendio. La cornice nella quale si inquadra la decisione dell'amministratore dello stabilimento torinese è scolpita, quindi, da una politica di gruppo di certo non ostile a scelte rispettose del doveroso ordine gerarchico che, a livello costituzionale, fissa i rapporti tra beni della persona ed interesse economico. Neppure indifferente, sotto il profilo dei riflessi economici che quel riconoscimento comporta. Accertato che l'organo apicale dello stabilimento di Torino ha agito nell'esclusivo interesse dell'azienda, quelle indicazioni definiscono l'effettivo ordine delle preferenze del decisore. Il merito delle politiche di gruppo, unitamente all'atteggiamento di cura sempre dimostrato nei confronti del problema della sicurezza degli impianti, sono invece gli argomenti che consentono all'interprete di ritenere che non è dato ravvisare alcuna discrasia tra l'ordine delle preferenze della decisione individuale e quello consacrato dall'ordinamento⁴⁰. Difficile quindi pensare che la decisione sia stata presa anche a costo di produrre il disastroso evento. È, quindi, più corretto inquadrare il comportamento del reo nella prospettiva della colpa con previsione (art. 61, n. 3, c.p.)⁴¹.

⁴⁰ Il tema è stato discusso con maggior articolazione in Ga. MARRA, *Diritto penale del rischio e teoria delle decisioni*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, p. 435 ss.

⁴¹ Nonostante la situazione di incertezza gravante sulle spalle dell'organo apicale, nessun dubbio può sussistere in ordine al rilievo colposo della sua decisione di non aggiornare le misure di minimizzazione del rischio-incendio e alla corretta ascrizione della conseguente responsabilità. Statuizione che risulta correttamente calibrata, sotto il profilo dell'accertamento del momento intellettuale-previsionale, anche in termini cognitivi, perché fondata su riscontri fattuali idonei ad escludere l'interferenza di euristiche decisionali. Per limitarsi ad alcuni esempi: (i) la ferma e palese determinazione della capogruppo di impegnare tutto il personale di vertice delle società controllate ad un miglioramento dei livelli di sicurezza antincendio, neutralizza il c.d. *status quo bias* (*id est*: la tendenza a prediligere la situazione di partenza rispetto alle sue alternative) e, quindi, la giustificazione dell'atteggiamento omissivo; (ii) l'organizzazione di incontri ad alto livello per giustificare l'impegno preventivo possono considerarsi sufficienti a correggere la tendenza a giudicare la probabilità di eventi avversi non in termini oggettivi ma a seconda della facilità con cui si individuano esempi pertinenti, circostanze o associazioni rilevanti (c.d. *availability bias*). Nel caso dello stabilimento torinese, il naturale punto di riferimento poteva infatti essere rappresentato dall'incendio avvenuto nel 2004, le cui caratteristiche (ridotta diffusività, assenza di danni alle persone, ecc.) potevano distorcere la percezione della ben diversa gravità del rischio che, tre anni dopo, minacciava la linea cinque; (iii) l'enfaticizzazione, in quella sede, della gravità delle situazioni originate da inefficienti sistemi di *fire prevention*, dava luogo ad una situazione nella quale il *whisful thinking* dell'invulnerabilità personale poteva essere facilmente sterilizzato dalla esplicita identificazione di dati di realtà che deponevano in senso contrario alla possibilità di valutare, anche in questo caso, la probabilità di occorrenza dell'evento condizionati da una

A conforto di questa conclusione si possono citare due ulteriori dati. In primo luogo, il principio di diritto espresso da una recente decisione della Corte di Cassazione che ha ritenuto di inquadrare nel paradigma della responsabilità colposa il mancato approntamento delle misure di prevenzione indicate come necessarie dallo stato attuale della tecnica: inadempimento giustificato, dal datore di lavoro, con un richiamo all'antieconomicità dell'adempimento⁴². Soluzione allineata alla pronuncia resa dalla S.C. in altra occasione ed avente ad oggetto il mancato approntamento degli indispensabili presidi cautelari da parte di un soggetto imprenditoriale che versava in una oggettiva situazione di decozione economica. In questo caso, egualmente inquadrato nel paradigma della colpa, la Corte ha avuto modo di osservare che lungi dall'elidere la validità precettiva degli obblighi di sicurezza che gravano in capo al datore di lavoro, l'oggettiva insostenibilità dell'impegno economico giustifica l'interruzione dell'attività produttiva: unico possibile rimedio, *rebus sic stantibus*, alla presenza di altrimenti incontrollabili fattori di rischio⁴³. In secondo luogo occorre citare la conferma

giudizio di minor suscettibilità, rispetto alla media, di incorrere in eventi negativi (c.d. *unrealistic optimism bias*). Per una analisi più dettagliata dei citati fattori 'devianti' cfr. A. OLIVIERO, *Strategia di scelta*, Bari-Roma, 2007, p. 74 ss., spec. 81 ss. Nessun'ostacolo sembra, quindi, fondatamente frapporsi, anche sul piano cognitivo, alla formulazione di un positivo giudizio in ordine alla previsione dell'evento.

⁴² Cass. 17 maggio 2006, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2007, p. 611.

⁴³ Cass. 21 febbraio 2007, n. 236431 (inedita). Questo principio di diritto incrina ulteriormente il piedistallo argomentativo che sorregge l'innovativa lettura della Corte torinese. Occorre a tal fine ricordare l'accordo che ha concluso, con il beneplacito delle istituzioni pubbliche, la 'vertenza' inaugurata dalla decisione aziendale di chiudere i battenti dello stabilimento torinese. Accordo che ha consentito ai sindacati di concordare tempi e modi della progressiva riduzione del lavoro, al fine di diluire l'impatto della decisione sui livelli occupazionali. L'accordo ha, quindi, reso impraticabile l'opzione indicata dalla Corte di Cassazione come doverosa misura di sicurezza. Una restrizione delle alternative decisionali, forse irrilevante sul piano 'normativo' della colpa, ma non priva di significato nella prospettiva del giudizio sulla sussistenza del dolo eventuale, per le componenti psicologiche che ne connotano l'essenza. Di rilievo è anche il fatto, se ben si è intesa la ricostruzione operata dal giudice torinese, che nessuna clausola dell'accordo affrontava *ex professo* i riflessi sul piano della sicurezza, nonostante l'obiettiva delicatezza del momento. Allargando il punto di osservazione, con un invito alla riflessione interdisciplinare, viene da chiedersi se questo passaggio della vicenda possa servire per modificare quell'atteggiamento 'culturale' che separa nettamente l'impegno per la tutela dei livelli occupazionali, appannaggio del libero confronto tra gli attori sociali, da quello necessario per garantire la sicurezza del lavoro, attribuito invece alle competenze esclusive della legge e delle agenzie di controllo. Questa rigorosa dicotomia dei compiti cozza frontalmente con la logica cooperativa che definisce la più autentica specificità del modello di co-gestione del rischio che caratterizza l'approccio legislativo alla materia. Soprattutto, separando artificiosamente livelli in realtà fittamente intrecciati, impedisce di utilizzare, in delicatissimi momenti di crisi, le risorse della contrattazione collettiva per controllare fattori di rischio altrimenti inattuabili con strumenti regolamentari di diversa natura (si pensi all'individuazione di criteri di 'sostituzione' del personale, capaci di garantire la permanenza in azienda di professionalità qualificate anche in termini di esperienze antinfortunistiche). Riconosciuta alla contrattazione collettiva questa valenza, resta da chiedersi se sussistano le condizioni necessarie per far sì che tali compiti possano essere effettivamente svolti. Interrogativo sollecitato dall'osservazione della Corte che ritiene l'accordo privo di alcuna rilevanza sul piano giuridico-penale, in quanto negoziato in assenza delle informazioni essenziali in ordine ai rischi esistenti negli impianti: "notizie, queste ultime, tutte di carattere aziendale e riservato" e, in quanto tali, "ignorate dagli altri interlocutori". Non è meno vero, però, che il sistema dispone, e non da oggi (d.lgs. n. 626/1994), di risorse in grado di superare o, quantomeno, di attenuare questa

fornita da un dato comparatistico, ricavabile dalla lettura di una importante sentenza della *Court of Appeal* inglese che, giudicando alcune violazioni del *Health and Safety at Work Act* del 1974, ha ricondotto ai casi di colpa grave (“*gross negligence*”) le ipotesi in cui il datore di lavoro tolleri un rischio a motivo dell’impatto economico che la sua minimizzazione comporta o, con scelta ancora più radicale, i casi in cui lo stesso ha “*deliberately profited from a failure to take necessary health and safety measures*”⁴⁴.

5. “La mancata applicazione alla realtà” della valutazione del rischio

Ulteriori motivi di interesse suscita la lettura dei passaggi che hanno ad oggetto la valutazione del rischio. Adempimento che, nella sua storicità, la Corte ritiene sindacabile penalmente sotto due profili: per l’approssimativo rispetto dell’obbligo e per la violazione delle regole disciplinanti il suo aggiornamento, nonostante la *littera legis* dell’art. 55 d.lgs. n. 81/2008 costruisca la tipicità della fattispecie polarizzandola sulla sola omissione dell’adempimento in parola. Ad emergere è, così, una questione centrale nell’assetto della materia. Si tratta, non di meno, di un nodo assai spinoso per gli interpreti del diritto penale, meno adusi dei colleghi lavoristi nel maneggiare categorie flessibili, innervate da aperti riconoscimenti al ruolo costitutivo dell’autonomia privata – l’esatto contrario del *nullum crimen sine lege* – la cui analisi sfugge alle categorie logiche che fondamentano i criteri di imputazione della responsabilità⁴⁵. Un terreno sdruciolevole, anche per la sostanziale assenza di univoche indicazioni da parte del diritto vivente. Le deviazioni rispetto a quanto ritenuto essenziale sono infatti ‘gestite’, nell’ordinarietà dei casi, attraverso il flessibile meccanismo di degradazione della punibilità disciplinato dall’art. 301 d.lgs. n. 81/2008. Istituto che garantisce una pronta soddisfazione delle istanze di sicurezza rimaste inevase, senza però produrre alcun positivo impatto sulla conoscenza da parte della platea dei destinatari: effetto precluso dalla ‘segretezza’ della fase in cui si gioca la partita

asimmetria informativa. Il riferimento è ovviamente alla figure (RLS; RLST; RLSSP) che assicurano la partecipazione dei lavoratori alle decisioni in tema di sicurezza e poteri di controllo sulla loro attuazione. Si tratta, quindi, di far sì che questo contributo possa rivelarsi effettivo anche al di fuori del perimetro aziendale: utile, anche nelle decisioni che apparentemente riguardano solo la sfera economica. A tal fine è però necessario superare quegli atteggiamenti dicotomici in precedenza denunciati. Nella letteratura penalistica spunti per avviare una riflessione integrata si leggono in F. BRICOLA, *Responsabilità per il tipo e per il modo di produzione* (1978), ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1233 ss. Sul rilievo politico-criminale delle decisioni riguardanti la definizione dei livelli di produzione cfr. M. POLINSKY, S. SHAVELL, *Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment given the Existence of Corporate Liability*, in *International Review of Law and Economics*, 1993, n. 13, p. 239 ss.

⁴⁴ R v. Hove & Son (Engineers) Ltd [1999] 2 Cr App R (S) 37.

⁴⁵ V. TORRE, *Fonti normative e sistema penale “autodisciplinato”*, in N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 200 ss.

della legalità contrattata. D'altra parte, nei rari casi in cui gli interrogativi connessi alla corretta valutazione del rischio superano quella soglia, l'atteggiamento invalso nella prassi di trattarli, per le ragioni che verranno successivamente indicate, come casi speciali di colpa per inosservanza di leggi, annulla l'indubbia specificità dell'adempimento. Risulta di conseguenza pregiudicato il contributo informativo che il diritto vivente è in grado di offrire a chi si cimenta nel compito valutativo avendo alle spalle un quadro precettistico che, ad onta del reiterato riduzionismo della prassi, resta sfaccettato, frammentato ed incerto in molte sue tessere. In entrambi i casi, il difetto comunicativo che affligge il diritto vivente nell'identificazione dei confini di liceità della pietra angolare dell'architettura regolativa è aggravato dalla pluralismo 'circondariale' degli interventi. Le parole chiare della Corte torinese erano, quindi, attese.

5.1. *Quali cautele in un sistema di co-gestione dei rischi?*

Nella letteratura penalistica si è identificato nel sistema di protezione della sicurezza dei luoghi di lavoro uno snodo rivoluzionario nel processo di modernizzazione del sistema penale⁴⁶: caratterizzato da una marcata attenuazione della "dimensione imperativistica e tassativa della norma precetto". Fenomeno che investe anche l'identificazione del merito delle regole di cautela⁴⁷, per l'inedito coinvolgimento dei privati in compiti di tutela tradizionalmente riservati al monopolio dello Stato che fa da sfondo a questa operazione⁴⁸. Prende così corpo un paradigma penalistico ad alta densità problematica⁴⁹, ma congeniale al processo di ri-dislocazione dei poteri che caratterizza la moderna organizzazione sociale e, soprattutto, allineato alle specificità empiriche del nuovo oggetto di disciplina: il rischio – ovvero "la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego di esposizione ad un determinato fattore o agente o alla loro combinazione" (art. 2, lett. s), d.lgs. n. 81/2008)⁵⁰ – il cui efficace controllo non può essere affidato a norme generali ed astratte emanate da autorità lontane dai fattori che lo determinano⁵¹. All'interprete è

⁴⁶ C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze, 2010, p. 521.

⁴⁷ M. DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, cit., p. 108 ss (ivi, pag. 113, la citazione).

⁴⁸ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 1193 ss.

⁴⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001.

⁵⁰ Alla luce di questa definizione, nella prospettiva del decisore non c'è sostanziale differenza tra rischio ed incertezza, identificata come la situazione in cui "la decisione ha come conseguenza un insieme di possibili eventi, [...] la cui probabilità [...] non è conosciuta [in termini frequentistici] o non è significativa". D. LUCE, H. RAIFFA, *Games and Decision*, New York, 1989, p. 13.

⁵¹ Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione*, cit., p. 84 ss.

riservato l'arduo compito di trovare un punto di ragionevole equilibrio tra il grado di invasività del controllo penalistico sull'esercizio dell'autonomia privata e gli spazi di insindacabilità della discrezionalità dei privati. Compito che si rivela quant'altri mai delicato: difettose identificazioni determinano, infatti, o clamorosi fallimenti nella tenuta preventiva del modello, con conseguente sottostima delle esigenze di protezione sociale, o eclatanti guasti sul piano delle garanzie individuali, con conseguente sovrastima delle istanze di tutela collettiva⁵².

La svolta così imposta dalle evoluzioni intervenute negli assetti della disciplina regolamentare, non hanno certo un minore impatto sui suoi destinatari. L'incompletezza dell'ordito normativo li espone infatti, senza la mediazione di interventi definitivi della legge, all'incertezza propria delle situazioni a rischio. Contesti che dovranno essere oggetto di valutazione da parte dei soggetti obbligati al fine di ricavare le indicazioni a partire dalle quali è possibile definire gli interventi necessari a mantenerne il livello sotto soglie di tolleranza. Limite la cui identificazione non risulta affatto agevole, data l'amplessissima formula legislativa che la identifica all'art. 15 d.lgs. n. 81/2008 ("minimizzazione del rischio")⁵³.

5.1.1. *Prassi cautelari e doveri di perizia. Un compromesso possibile*

Un primo passo per avviare a soluzione questi ispidi problemi dommatici e politico-criminali è stato da tempo compiuto dalla Corte costituzionale, che ha indicato nelle prassi cautelari un valido riferimento per diradare l'incertezza in cui si trova invischiato ogni tentativo di minimizzazione del rischio⁵⁴. L'interprete registra così un'inconsueta apertura a dati di realtà, identificativi di "concetti di normalità" che si originano a partire dall'esigenze dei diversi ordinamenti dell'organizzazione sociale ed in funzione di essi⁵⁵.

⁵² C. E. PALIERO, *Il tipo colposo*, cit., p. 522.

⁵³ D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 779 ss.

⁵⁴ Corte cost. n. 312/1990. Il principio fissato dalla Corte non ha a che vedere con questioni di riduzione dell'impatto economico degli obblighi di sicurezza, ma con il peso che l'incertezza pone sulla spalla del cittadino fedele al diritto. Quanto al primo punto il giudice delle leggi aveva infatti già provveduto ad affermare che l'onere economico "non può essere di ostacolo [...] all'obbligo di adottare le tecnologie più idonee", pur dovendo tenersene "conto ai fini di un adeguamento temporale graduale". Così Corte cost., n. 127/1990. Cfr. P. PASCUCCI, Ga. MARRA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui di diritto del lavoro*, 2009, n. 1, p. 40 ss. A venire ora in rilievo sono invece i costi cognitivi connessi all'impegno prognostico proprio della valutazione del rischio, che non possono essere trascurati in un'ottica di effettività preventiva, né nella altrettanto fondamentale esigenza di garanzia. Cfr. Ga. MARRA, *Diritto penale del rischio*, cit., p. 438 ss.

⁵⁵ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, p. 258 s.

Questa criteriologia è da tempo emarginata dal processo ricostruttivo dell'essenza della colpa, per il predominante favore riconosciuto ai dettami fissati da stili di pensiero dichiaratamente normativistici, che individuano il paradigma della colpa nel non aver evitato ciò che secondo l'ordinamento doveva essere evitato⁵⁶: “demistificando” così “gli spettri [del] *bonus pater familias*” e dell'uomo medio, rimpiazzando il vuoto da essi lasciato con la ieratica figura dell'agente modello⁵⁷.

Questa impostazione, fatta indistintamente valere per la colpa generica (imprudenza) e specifica (violazioni di leggi), ha meriti indubbi. Tuttavia, se mantenuta rigidamente ferma anche in relazione a segmenti dell'organizzazione sociale nei quali i soggetti fronteggiano rischi incerti in nome di esigenze di sicurezza, finisce per generare aporie, che la dottrina ritiene urgente risolvere. In questa prospettiva si deve leggere il moltiplicarsi delle voci di quanti auspicano l'apertura di selettive breccie nella bardatura normativa del tipo colposo, tali da consentire un più intenso rapporto dei suoi criteri identificativi con la realtà sottostante e con la razionalità dell'agire socialmente conforme⁵⁸. Proiezioni allo stato ancora instabili dal punto di vista dommatico – non è chiaro se tale esigenza debba trovare soddisfazione sul piano della qualità delle regole di prudenza o a livello della colpevolezza⁵⁹ – ma allineate alla soluzione che la Corte costituzionale ha sperimentato nella sentenza sulla minimizzazione del rischio rumore. Circostanza che non sembra, tuttavia, poterle mettere al riparo dai rimproveri che, copiosi, hanno investito anche il principio fissato dal giudice delle leggi, a partire dal riaffermato valore del modello normativo della colpa, la cui “funzione [è] di controllare e regolare gli usi sociali, invalidando prassi scorrette”. Acquisizione che mette fuori gioco la possibilità di identificare la misura di diligenza con la corrispondenza alle “prassi che si tratta di regolare”⁶⁰. Argomento sistematico che nasconde preoccupazioni assiologiche. Nonostante la sintonia che la tesi dimostra rispetto all'impostazione del medesimo problema nell'esperienza di *common law*⁶¹ – l'archetipo del modello regolamentare in esame

⁵⁶ Fondamentale G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

⁵⁷ G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. II, p. 950. Per la citazione C. SCHMITT, *I tre tipi*, cit., p. 259.

⁵⁸ V. ATTILI, *L'agente-modello nell'“era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1240 ss.

⁵⁹ D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 279 ss.; p. 462 ss.

⁶⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 373.

⁶¹ Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, cit., p. 88. Per i necessari ragguagli cfr. E. FRONZA, *La tutela della sicurezza del lavoro in Inghilterra*, in M. DONINI, D. CASTRONOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, Padova, 2007, p. 155 ss. Tale concessione è stata parimenti criticata, per ragioni analoghe a quelle che hanno investito il *dictum* del giudice delle leggi. Resta però intatta la corrispondenza di fondo con la più autentica specificità dell'esperienza di *common law*, che genera uno stile di pensiero caratterizzato da “empirismo o induzione”, che “non vuole fare violenza ai fatti con la ragione” preferendo invece cercare “la ragione nelle cose”, identificando, senza esitazioni, la prima con “la natura dei fatti”. Così G. RADBRUCH, *Lo spirito del*

⁶² – la critica è stata pressoché unanime nello stigmatizzare le eccessive concessioni così riconosciute ai fattori che quotidianamente si oppongono alle ragioni di un lavoro sicuro ⁶³. Dommatica e politica-criminale hanno in tal modo finito per saldarsi in uno schema argomentativo che, tacendo altro, non sembra tenere nella giusta considerazione l'incertezza che differenzia la situazione qui considerata dalle casistiche il cui esame ha offerto l'occasione per rinserrare le fila del delitto colposo entro confini rigorosamente normativi ⁶⁴.

Accantonando quest'ultimo aspetto, il cui filo logico condurrebbe troppo lontano, alcune precisazioni merita qui la prima questione.

Nessun dubita del fatto che le riferite critiche colgono nel segno se quel principio di diritto viene letto filtrandolo attraverso le tabelle statistiche che fotografano lo stato di salute della sicurezza dei luoghi di lavoro. Prima di emettere il verdetto finale, non si dovrebbe tuttavia trascurare un altro dato, che, anche in questa prospettiva, appare di rilievo: il costante decremento degli indici infortunistici, almeno per quanto riguarda quelli mortali, che si registra in corrispondenza della transizione dallo schema regolativo *command and control* proprio degli 'antichi decreti' al moderno schema di gestione partecipata del rischio inaugurato dal d.lgs. n. 626/1994, il cui scheletro è stato irrobustito dalla normativa oggi vigente con una serie di interventi che ne implementano le componenti partecipative ⁶⁵. Dati che instillano nell'interprete il dubbio che l'ancora eccessiva incidenza degli eventi infortunistici che le statistiche continuano a registrare sia dovuto solo in parte al trascurato impegno dei destinatari: egual peso sembra avere l'incompleta realizzazione del modello, dovuta alla carenza di fondamentali momenti di

diritto inglese, Milano, 1962, p. 8. Nella dommatica della colpa, relativizza il momento normativo F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella struttura della responsabilità colposa*, Padova, 1993. Per una realistica descrizione del peso che argomentazioni orientate alle conseguenze rivestono nell'economia dei processi ermeneutici che interessano costrutti normativi infarciti di clausole generali, profusi nel tentativo di rimediare alle "ridotte capacità di analisi e di comprensione della realtà sociale, cfr. L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, vol. I, Milano, 2011, p. 273 ss.

⁶² Di "rivoluzione copernicana" imposta dalle fonti comunitarie parla D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 2000, p. 388. Si deve aggiungere che il modello così imposto è stato definito da Bruxelles con lo sguardo rivolto a quanto succede oltremontana: rivitalizzando schemi di "autodisciplina regolamentata" che, nonostante una risalente tradizione, si erano con il tempo appassiti nell'esperienza continentale. Per un esame diacronico della questione cfr. P. COLLINS, *Privatisierung und Etatisierung als Komplementäre Gestaltungsprozesse. Eine historischer Rückblick auf das Problem "reguliert selbstregulierung"*, in *Juristenzeitung*, 2011, p. 274 ss.

⁶³ Per tutti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole cautelari*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 31 ss., ma spec. p. 41 ss. Nella dottrina gius-lavoristica, in senso critico sull'eccessivo irrigidimento delle pretese normative, cfr. L. MONTUSCHI, *La Corte costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, n. 1, p. 3 ss.

⁶⁴ F. PALAZZO, *Relazione di sintesi*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità e rischio*, cit., p. 699 ss.

⁶⁵ Ga. MARRA, *Sussidiarietà penalistica e sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 4 ss.

raccordo tra autonomia privata e decisione pubblica⁶⁶. Se l'empiria non sembra essere decisiva, neppure sembrano esserlo, per negare ogni significato all'interpretazione del giudice delle leggi, argomenti normativi, una volta accertato che l'acritica recezione delle prassi cautelari in uso non esaurisce l'obbligo di diligenza del destinatario e, di conseguenza, non preclude l'esercizio di poteri di controllo sulle stesse da parte del giudice: "abilitato a controllare la correttezza del *modus operandi*, la congruità delle misure individuate rispetto alla valutazione dei rischi, l'aderenza (o meno) del programma di azione allo scopo [...] di migliorare il livello di protezione"⁶⁷.

A sostegno si possono citare due ulteriori spunti. I tratti pluralistici, in senso romano, che connotano l'impianto del sistema regolamentare se, da un lato, sono segnati da una variabilità delle fonti che concorrono a definirne l'ordito prescrittivo, dall'altro, presuppongono la valorizzazione del legame di queste regole con il substrato sociale. L'istituzione, che del pluralismo ordinamentale è il nerbo, è, infatti, "manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo": quanto basta a giustificare la persistenza del potere statale, che di quell'interesse è fondamentale custode, di sindacato delle regole extralegali che le istituzioni generano pressoché quotidianamente⁶⁸. Nella stessa direzione spinge anche la più volte ricordata rimodulazione del monopolio statale nella regolamentazione delle azioni socialmente disfunzionali, imposta dalla riconosciuta valenza pubblicistica dell'autonomia privata. Una cornice entro cui il privato cessa di essere passivo fruitore di precetti comportamentali calati dall'alto, il cui rispetto esaurisce l'obbedienza dovuta, per divenire invece centro di individuazione di regole di condotta rispettose della gerarchia assiologica propria dell'organizzazione sociale di riferimento: un produttore di regole cautelari, anche in presenza di direttrici prudenziali fissate dalla legge o da altre istituzioni⁶⁹.

5.2. *Realistiche valutazioni*

Se queste precisazioni colgono nel segno, la centralità che riveste il momento decisionale in ogni seria strategia di prevenzione del rischio lavorativo esce ulteriormente rafforzata. La decisione della Corte di Assise torinese è, sul punto, molto chiara. Esaminando criticamente l'impegno profuso dai soggetti obbligati

⁶⁶ Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, cit., p. 127 ss.

⁶⁷ L. MONTUSCHI, *I principi generali*, cit., p. 55.

⁶⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945², p. 30 ss., p. 103 ss.

⁶⁹ È implicito in quanto sin qui osservato, che queste specificità del paradigma colposo non rilevano in presenza di violazioni di regole prudenziali chiaramente connotate in termini modali o cristallizzanti esperienze cautelari sedimentate e diffuse. Cfr. A. CULOTTA, M. DI LECCE, G. COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1996⁴, p. 221.

nella valutazione del rischio, non esaurisce il suo esame segnalando le regole di prudenza che sarebbero state violate. Consapevole del quadro ‘costituzionale’ di riferimento, compie infatti un passo ulteriore, in direzione di un maggior allineamento della teoria della colpa con le novità dello sfondo extrapenale⁷⁰, individuando nel serio confronto con la realtà la condizione primordiale per poter giudicare positivamente i risultati dell’esercizio diagnostico da parte del datore di lavoro. Giudizio che, nel caso di specie, presenta tutt’altro segno, posto che “la mancata applicazione alla realtà – che dovrebbe, come appare banalmente ma tragicamente ovvio, guidare [le necessarie] ‘valutazioni’ tecniche – è uno degli evidenti difetti che si riscontra nei documenti esaminati”. In termini più generali, saldando così il discorso con il riferimento alla positiva valenza di rinvii a fonti cautelari spurie riconosciuta dalla Corte costituzionale, ciò equivale a dire che la piana recezione di precetti cautelari, senza nessuna distinzione tra le relative fonti, non soddisfa l’obbligo di prevenzione che grava sul garante primario. A tal fine è infatti necessario che ne venga giudicata la persistente idoneità preventiva alla luce delle specifiche connotazioni dell’organizzazione che origina il potenziale di danno: è questo ciò che l’ordinamento si attende dai protagonisti del sistema di co-gestione del rischio.

Questa precisazione non esaurisce affatto il problema dei molteplici riflessi che i rinnovati equilibri tra sfera pubblica ed attori privati consacrati dall’evoluzione del sistema regolamentare producono all’interno del sistema penale. È però certo che la razionale identificazione di questo esercizio di realismo come momento essenziale di ogni serio impegno cautelare, pone un freno ad una troppo pernicioso opinione, diffusa tra quanti, ignari delle peculiarità operative dei sistemi di gestione partecipata del rischio, finiscono per identificare la diligenza dovuta con la quantità degli sforzi ‘cartolari’ profusi. Riduzionismo che, quando non dovuto a motivi opportunistici, è spia della persistenza, a livello sociale, del ‘tradizionale’ modello di intervento penalistico, articolato attorno ai due poli della decisione (esclusiva) del legislatore e dell’obbedienza ad essa dei destinatari: dovuto negli esclusivi termini fissati dal primo. Si apprezza, quindi, sul piano dell’efficacia preventiva, non meno che per le sue implicazioni di garanzia individuale. Quel richiamo semplifica, infatti, l’oneroso compito che grava sul privato, sostanzialmente chiamato a decifrare l’incertezza, conservando, sul piano della determinatezza, la validità orientativa del riferimento alle prassi cautelari. Pur consapevole di ciò, l’ordinamento non rinuncia tuttavia a pretendere, sotto minaccia di pena un serio esame ‘localistico’ da parte del soggetto obbligato, indispensabile per accertare l’effettiva capacità di contenimento dei fattori di rischio propria dei precetti cautelari ricavati da quelle fonti, e giustificato, sul piano deontologico, dal fondamento ‘cooperativo’ proprio del razionale normativo di ogni sistema di co-gestione del rischio. Adempimento che, come

⁷⁰ Cass. 11 marzo 2010, n. 1676, in *Foro italiano*, 2011, II, c. 494 s.

osserva il giudice torinese, non sembra eccessivo definire, sul piano della colpevolezza, normalmente esigibile.

6. Responsabilità degli enti e sistema penale

Lo spaccato che si è cercato sin qui di offrire delle variabili condizionanti l'eziologia degli eventi infortunistici, rende ragione della scelta di estendere anche ai fatti di colposa violazione delle regole antinfortunistiche la responsabilità amministrativa delle società (d.lgs. n. 231/2001). La segmentazione dei processi decisionali tra centri di competenza gerarchicamente dislocati e tra con-titolari di funzioni orizzontalmente diffuse all'interno dell'organigramma aziendale, definisce uno scenario i cui tratti sono marcatamente meta-individuali⁷¹. Nessuno controlla infatti per intero il procedimento che porta alla decisione innescante il processo causale dell'evento. Anche in presenza di una marcata concentrazione dei poteri aziendali, tale dispersione è comunque indotta, sullo specifico piano che qui interessa, dall'impossibilità di concentrare in una sola persona l'insieme delle conoscenze (mediche, ingegneristiche, organizzative, ecc.) necessarie per una soddisfacente gestione del rischio. In tutti questi casi, il rispetto dovuto al principio personalistico fissato dall'art. 27, comma 1, Cost., rende estremamente sdrucchiolevole l'intervento del diritto penale, per l'immanente rischio di estendere la sua censura a soggetti che, anche al di là di ciò che è scritto nei mansionari, non detenevano tutti i poteri necessari per poter agire diversamente. Poiché la persona giuridica è il solo soggetto che li detiene per intero, non v'è ragione perché non sia tradotta al banco degli imputati per rispondere di non aver fatto tutto quanto era in suo potere per prevenire la commissione del reato. Principio generalissimo, che l'art. 6, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 231/2001 specifica ponendo a carico della società la mancata adozione degli interventi necessari per "programmare la formazione e l'attuazione delle *decisioni* dell'ente" in modo da minimizzare il rischio di scelte devianti⁷².

Come ogni moneta, anche questa rivoluzionaria novità ha un altro lato, che rappresenta i sistemi aziendali di *compliance* come sovrastrutture che duplicano, anche da un punto di vista funzionale, adempimenti già previsti da altre fonti. Preoccupazione destinata ad irrobustirsi in proporzione all'estendersi degli interventi ordinativi sull'organizzazione, realizzati per adempiere gli obblighi fissati dalla normativa di settore (d.lgs. n. 81/2008). Il tipo di misure che, come si

⁷¹ C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovazione e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1239 ss.

⁷² Ga. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCHI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Milano, 2010², p. 581 ss.

è avuto modo di osservare, la Corte torinese mira ad ‘incentivare’ con il suo intervento draconiano. Un rischio di soffocamento burocratico che, a dire il vero, la società accusata non sembra aver mai corso, avendo omesso, fino al momento del fatto, ogni intervento organizzativo sulla propria organizzazione⁷³. Così ha statuito la Corte, dopo aver fissato un principio di diritto che esclude dal quadrante decisionale il rilievo di attività prodromiche (*id est*: rappresentazione della mappa dei rischi dell’organizzazione) e preparatorie (*id est*: identificazione delle misure di mitigazione degli stessi) che, sebbene indizianti la propensione cooperativa dell’azienda, non sono sfociate in provvedimenti di formale adozione da parte dell’organo dirigente. L’obbiettivo ristrettezza dei tempi intercorsi tra l’entrata in vigore di questi nuovi obblighi (agosto 2007) e la verifica dell’infortunio (dicembre 2007) ha fatto dubitare della correttezza di questa interpretazione: data la complessità dell’adempimento richiesto e l’impegno comunque profuso dall’azienda in vista della sollecita messa a regime di modelli di prevenzione del rischio-reato. La postemità di questa situazione non è però sfuggita alla Corte. Si spiega così la scelta di svolgere un esame critico degli schemi organizzativi in avanzata fase di elaborazione al momento del fatto, tanto da poter essere formalmente deliberati poco dopo la tragedia. L’esito di tale esame è un giudizio negativo, per la carenza di elementi qualificanti: in particolare, per l’assenza delle condizioni minime atte a garantire l’indipendenza dei presidi del controllo interno sull’effettività dei modi di esercizio della autonomia privata in funzione (sociale) di prevenzione del rischio. Un *vulnus* alla credibilità dell’impegno preventivo che, ripetendo analoghi errori registrati nel processo di attribuzione della responsabilità del servizio di prevenzione e protezione, autorizza l’interprete a giudicare negativamente, nel suo complesso, la politica d’impresa (*id est*: il parametro sostanziale che giustifica l’intervento punitivo nei confronti degli enti). Acquisizione sufficiente ad inibire qualunque ulteriore controllo di merito

Condivisibile non è però solo la sostanza della conclusione a cui il collegio perviene, in fatto, per dar conto della situazione di eccezione. Non v’è infatti alcun motivo per dubitare della correttezza del principio di diritto in precedenza riassunto. La doverosa necessità di valorizzare schemi di imputazione rispettosi dei dettami del principio di colpevolezza – che nel settore in questione assumono la fisionomia di rimproveri “*duty-based*”⁷⁴ – non può essere fatta valere in funzione anti-legale. Se questo è vero, si deve concludere che della ‘colpevole’ responsabilità dell’ente si può e si deve discutere solo entro il perimetro fissato

⁷³ C. E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, 2006, p. 167 ss.

⁷⁴ J. ARLEN, R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in *New York University Law Review*, n. 72, 1997, p. 687 ss. Ivi la dimostrazione della fondamentale funzionalità preventiva di criteri di imputazione della responsabilità che rifuggono i rigidi schemi della responsabilità oggettiva.

dal legislatore: univocamente identificato dallo stesso nell'adozione *ante factum* di idonei modelli organizzativi (art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231/2001).

6.1. *Convergenze parallele*

La scelta del legislatore (l. n. 123/2007), sebbene contestata per l'approssimazione con cui è stata operata⁷⁵, apporta un evidente valore aggiunto in termini preventivi, codificando strumenti di controllo di fattori organizzativi di rischio altrimenti destinati a sfuggire alle pretese 'dirigistiche' dell'ordinamento giuridico. Beneficio che si salda con la maggior efficacia, rispetto all'intervento penalistico nei confronti delle persone fisiche, propria di provvedimenti di messa in sicurezza sostanzialmente stabili e ad elevato tasso di progettualità quali sono i "modelli di organizzazione e controllo"⁷⁶.

Il legislatore ha così finito per strutturare un sistema di *enforcement* a doppio binario, che le diversità ontologiche dei rispettivi destinatari non impediscono di valutare unitariamente⁷⁷: almeno se il punto di osservazione è quello fissato dall'"idea dello scopo"⁷⁸. Pretese punitive eccessive, scaricate sul sistema grazie ad una torsione del binario lungo il quale corre la responsabilità penale personale, se da un lato soddisfano emozionali bisogni di giustizia, dall'altro rischiano di far deragliare il treno della prevenzione effettiva⁷⁹. È quanto avviene, ad esempio, se la soddisfazione dei primi prendesse la strada che porta alla robusta risposta punitiva assicurata dalla responsabilità dolosa, costringendo così il sistema ad abbandonare ogni pretesa punitiva nei confronti degli enti (art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001).

La diversa conclusione cui perviene la Corte non deve ingannare: il vizio che la affligge è infatti inemendabile. La colpa dell'apparato dirigenziale è un fatto accessorio rispetto al comportamento doloso del soggetto posto all'apice della

⁷⁵ C. E. PALIERO, *Per ambiente e lavoro il rebus della colpa*, in *Il Sole-24 Ore*, 26 aprile 2007; O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 1334

⁷⁶ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.lgs. 231/01*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, p. 2049 ss.

⁷⁷ Questo punto è stato ben colto dalla dottrina gius-lavoristica P. TULLINI, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 403 ss. La rilettura così proposta dell'art. 2087 c.c. non può lasciare insensibile il penalista, consapevole del ruolo che questa norma riveste nella definizione dei fondamenti della posizione di garanzia del datore di lavoro e nell'identificazione dell'impegno preventivo richiestogli. Sul punto v. A. BONDI, *Stravaganze del diritto penale*, Torino, 2008, p. 263 ss.

⁷⁸ L. MONACO, *Prospettive dell'"idea dello scopo" nel diritto penale*, Napoli, 1984.

⁷⁹ Il punto è stato più in dettaglio discusso in Ga. MARRA, *Regolazione del rischio, dolo eventuale e sicurezza del lavoro*, cit., p. 10 ss.

struttura decisionale. Una problematica ipotesi, sul piano individuale, di concorso colposo nel delitto doloso altrui, che amplia il perimetro del rimprovero penalistico senza però intaccare la primazia che, nella prospettiva della responsabilità degli enti, compete al fatto doloso (art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001). La doverosa scelta di porre al centro dell'attenzione delle agenzie di controllo la decisione e il suo processo, non consente a queste di ignorare le singole componenti di cui si compone il processo e di trattarlo, quindi, come una funzione unitaria indistinta, limitandosi a distinguere, come imposto dall' art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, il livello apicale dagli altri. Accertate le specificità del procedimento in tutte le sue fasi, in corrispondenza del ruolo che in esso hanno avuto le singole persone fisiche dotate di competenze in tal senso, della ripartizione delle stesse si dovrà tener conto anche per risolvere correttamente la questione della responsabilità degli enti. Se, per i motivi che la Corte ben individua, risulta possibile identificare l'*input* originario della insicurezza aziendale nella decisione dolosa dell'amministratore delegato, a questo livello resta circoscritta l'identificazione della fonte del rapporto di immedesimazione organica rilevante ai fini di ascrivere 'colpe' in capo alla società per non aver fatto tutto quanto era in suo potere fare per prevenire la commissione del reato. In senso contrario non vale osservare che il rigido principio di equivalenza delle cause (artt. 41 e 110 c.p.) impedisce all'interprete di intaccare quella conclusione unitaria. È vero infatti che il problema non emerge in relazione a questioni connesse alla soluzione di problemi causali e, per di più, attiene ad uno snodo normativo che, come ha chiarito anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, non disconosce il rilievo di criteri di imputazione sensibili ad una peculiare logica differenziale⁸⁰. Il d.lgs. n. 231/2001 non prevede infatti una speciale ipotesi di concorso necessario, dommaticamente trattabile nella prospettiva unitaria fissata dall'art. 110 c.p., ma un caso di rimprovero concorrente tra titoli autonomi di responsabilità, il cui orizzonte dogmatico, ancora tutto da decrittare, è definito da una logica differenziale che, nel quadro di una valutazione relazionale dei differenti compiti di controllo del rischio, valorizza lo specifico significato causale delle diverse condotte considerate⁸¹.

In una prospettiva *de lege ferenda*, si può certo discutere dell'opportunità di mantenere questa strettoia applicativa. Allo stato si deve però prendere atto della discrasia innescata da soluzioni ermeneutiche che intendono recuperare la capacità dissuasiva del sistema penale – che assai spesso mascherano più sterili

⁸⁰ Cass. 22 gennaio 2010, in *Diritto penale e processo*, 2011, p. 433.

⁸¹ Sui criteri identificativi dell'area di rischio soggetta alla sfera di controllo esclusivo dell'ente, si rinvia a Ga. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, cit., p. 217 ss. Per le coordinate generali del discorso a L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazioni*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. II, p. 821 ss.; U. SIEBER, *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln et al., 2008, p. 449 ss.

approcci punitivi – trascurando però di considerare in modo adeguato il complesso delle risorse che il sistema mette nel suo complesso a disposizione degli interpreti per esperimenti così motivati: con l'unico effetto di spuntare gli esiti più avanzati di una strategia pragmaticamente orientata a fissare le condizioni per un lavoro sicuro ⁸².

7. Conclusioni

“Mai più”. È questo il monito che risuona alto dopo tragedie di questa portata. Si tenta anche in questo modo di ‘compensare’ l'irreversibilità degli eventi, manifestando la genuina esigenza di individuare presidi atti a garantire l'unica efficace forma di protezione per l'incolumità individuale: la prevenzione. Si delinea così un denso programma di lavoro, per il legislatore prima e per gli interpreti poi, che, se da un lato, si dimostra congeniale alla moderna sensibilità che pervade il dibattito sulle funzioni del sistema penale, dall'altro, appare refrattario alla presa di formule stereotipate: almeno se si vuole evitare che quelle parole restino una toccante invocazione. A tal fine, senza troppo concedere ad idealismi, occorre indicare razionali schemi di intervento sui fattori scatenanti l'esiziale dinamica dei rischi. Allineare i criteri di imputazione della responsabilità penale alle più avanzate indicazioni fornite dalla disciplina extrapenale, pur preservandone le specificità garantistiche, sembra un primo passo nella giusta direzione, che per essere irrobustito necessita di un più serrato confronto tra i cultori dei diversi settori disciplinari. Condizione necessaria, ma non sufficiente se il dialogo viene isolato, da entrambi i lati, dal confronto con gli argomenti forniti dalle scienze empiriche. La prevenzione, come si confida di aver attestato, se vuol essere effettiva non può infatti accontentarsi delle sollecitazioni operative che gli vengono fornite dalla razionalità orientata ai valori.

La decisione sul caso Thyssenkrupp dimostra il rilievo che tale prospettiva può avere per modificare prassi applicative sfuocate: che finiscono per sottostimare le esigenze di prevenzione – posto che la responsabilità dolosa non è ontologicamente incompatibile con la causazione di eventi riconducibili all'infrazione di norme antinfortunistiche – o sovrastimano la necessità di

⁸² Non deve sembrare ‘oltraggioso’ riferirsi all'esperimento quando in gioco c'è la libertà personale. Quella anti-autoritaria *forma mentis* appartiene infatti a pieno titolo ad un'esperienza penalistica, ancora vitale, che, con cadenze autenticamente preventive, coniuga salvaguardia della libertà personale e tutela della collettività. Ga. MARRA, *Sussidiarietà penalistica e sicurezza dei lavoratori*, cit., p. 8 ss. Sensibilità che, al di là del piano ideale, è però segnata da una molteplicità di profili problematici. Tra questi non si può però includere l'incomunicabilità con la dottrina gius-lavoristica che, anche in tema di sicurezza dei luoghi di lavoro, dimostra analoga vocazione. Cfr. P. ICHINO, *Come il metodo sperimentale può contribuire al progresso del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, p. 393 ss.

soddisfare istanze punitive, ascrivendo rimproveri per colpa a tal punto normativizzati da renderli indistinguibili da forme di responsabilità oggettiva. Nell'uno come nell'altro caso, abdicando alla ricerca di soluzioni preventivamente efficaci. In questa prospettiva, la sentenza della Corte d'Assise, si candida a divenire un vero e proprio *leading case*. La sua lettura fornisce infatti, ai futuri interpreti, un serio canovaccio metodologico per aggiornare i modi di esercizio dell'azione penale e i percorsi ermeneutici in sede giudiziale e, prima ancora, lo spunto per stimolare gli indispensabili ripensamenti di alcuni fondamentali aspetti delle sottostanti categorie da parte della dottrina penalistica. Come dimostra la decisione in commento, si è però ancora ben lontani dal poter considerare raggiunto il risultato sperato: tra le maglie del ragionamento penalistico troppo peso è ancora assegnato a bisogni emozionali di reazione e ai ripiegamenti retributivi che questi comportano. Atteggiamento che se non prontamente corretto rischia di innescare una micidiale sommatoria che ha come addendi gli effetti antigarantistici a livello individuale e le negative conseguenze sul piano del miglioramento delle condizioni di sicurezza dei luoghi di lavoro.