

in chiave abolizionista o riformatrice – del ruolo del diritto penale nelle attività rischiose risulta come il *punctum dolens* della riflessione sia dato dalla difficoltà di individuare un modello di illecito idoneo ad adattarsi alla complessità ed al dinamismo dei settori ove il progresso tecnologico impedisce di orientare *ante delictum* il comportamento dei consociati in termini di sufficiente determinatezza e tassatività. In questa situazione di incertezza, pur fuori dalla logica del soffocante e farraginoso modello offerto dalla legislazione penale complementare vigente in materia di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali ed in chiave di progressiva razionalizzazione del sistema, il modello contravvenzionale parrebbe ancora quello che maggiormente si attaglia alle peculiarità degli illeciti in esame. Invero, la rivalizzazione dello strumento contravvenzionale nel governo penale dei rischi ha radici profonde ravvisabili nella *summa divisio* del Codice Rocco tra delitti e contravvenzioni, ove queste ultime si caratterizzavano per una proiezione funzionale verso gli specifici interessi che la singola amministrazione, di volta in volta, tutela, organizza e controlla⁽⁵²⁾.

Sulla base di tali premesse, “eliminando mentalmente” la sciagurata progenie costituita dalla pleora delle “contravvenzioni in bianco” presenti nel *Nebenstrafrecht*, la congruità allo scopo del modello contravvenzionale trarrebbe origine, come rilevato da parte della dottrina⁽⁵³⁾ dalla loro natura di “figlie della società disciplinare”, nate per corrispondere “alle complesse esigenze di regolamentazione che si esprimono in una società fortemente articolata ed organizzata”.

In quanto tali, esse si possono suddividere in contravvenzioni c.d. amministrative e contravvenzioni cautelari. Nel primo caso, esse si fondano sull'inosservanza di norme concernenti la disciplina di attività governate da un potere amministrativo e sono costruite nella forma dell'inadempimento del dovere di denuncia, di acquisizione di un provvedimento abilitativo, di osservanza di ordini e prescrizioni della p.a. Nella forma delle c.d. contravvenzioni cautelari, invece, esse sanzionano la violazione di una regola di diligenza, prudenza o perizia. La loro peculiarità rispetto ai delitti è data dalla circostanza che esse non tutelano beni giuridici secondo scelte di valore assoluto ma situazioni nelle quali più beni giuridici vengono in conflitto e sussiste la necessità di effettuare un bilanciamento volto a dichiarare la prevalenza dell'uno e dell'altro. In ragione di questa loro polarizzazione verso la tutela “del modo attraverso il quale viene di volta in volta disciplinato il procedimento da seguire per la risoluzione di un conflitto di interessi variamente atteggiato in concreto”⁽⁵⁴⁾, esse vengono normalmente ascritte alla categoria dei reati posti a “tutela di funzioni”. Dietro questa suggestiva formula, tuttavia, non si cela la mancanza di interessi da proteggere, ma, in termini diametralmente opposti, il coinvolgimento di una pluralità di beni giuridici diversi, la quale implica, per l'appunto, l'intervento di una sorta di autorità regolatrice, che può essere istituzionale (come nelle contravvenzioni c.d. amministrative) o diffusa (come nelle contravvenzioni c.d. cautelari).

⁽⁵²⁾ In argomento fondamentali le riflessioni di PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in questa rivista, 1987, p. 670 ss.; PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 ss. Sulle com-

plesse implicazioni di teoria generale del tema v. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004, p. 55, 62-67 e 70-73.

⁽⁵³⁾ Cfr. PADOVANI, *Il destino sistematico*, cit., p. 157.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. PADOVANI, *Il destino sistematico*, cit., p. 158.

Il particolare modo d'essere del diritto della prevenzione antinfortunistica a far data dai provvedimenti di derivazione comunitaria dei primi Anni Novanta ha giustificato il prevalente ricorso al modello della contravvenzione cautelare, per il tramite dell'imposizione al datore di lavoro della funzione di adottare una serie di discipline nell'esecuzione dell'attività lavorativa, nella prospettiva tendenziale, normativizzata nelle ricordate "clausole di compatibilità", di eliminare i rischi o, ove ciò non sia possibile, di ridurli al minimo. In quest'ottica di attribuzione al datore di lavoro della funzione di dettare le predette discipline si giustifica come l'afflato nomofilattico del legislatore del 2008, il quale, come ricordato, si è posto pienamente nel solco dei preventivi decreti comunitari, sia andato ancora oltre la definizione dei concetti di "pericolo" e di "rischio", avendo egli inserito alla lettera *q*) un'autonoma definizione della nozione di "valutazione dei rischi" intesa come "valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori (...) finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e di sicurezza".

Tuttavia, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, l'incertezza che sempre di più accompagna lo svolgimento delle attività produttive, rispetto alle quali risulta progressivamente più difficoltoso ravvisare *ex ante* i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori ha creato le premesse per la crisi del modello della contravvenzione cautelare. In un ambito nel quale la stabilizzazione del sapere scientifico sull'attitudine lesiva dei fattori di rischio segue – e non infrequentemente di lunghi anni – il *tempus commissi delicti*, viene seriamente compromessa anche la possibilità della costruzione di una regola cautelare *stricto sensu* intesa, come figurativamente dimostrato dal prepotente ingresso in giurisprudenza del "principio di precauzione" nella nuova – ed inquietante – veste di criterio di imputazione di responsabilità penale per colpa al datore di lavoro.

Tuttavia, come rilevato da parte della dottrina⁽⁵⁵⁾ "il dibattito che si è sviluppato intorno al principio di precauzione è utile a una nuova riflessione sulla responsabilità colposa, perché richiama l'attenzione su un metodo idoneo a rompere il cerchio della solitudine che sovente accompagna tanto l'agente colposo, quanto il giudice penale che deve accertarne la responsabilità". In questo senso l'imposizione al (solo) datore di lavoro del dovere di valutare tutti i rischi e di dettare le relative regole cautelari nella duplice prospettiva "diagnostico-retrospettiva" della ricognizione dei rischi esistenti e "terapeutico-prognostica" della predisposizione delle misure necessarie per fronteggiarla nel tempo si tradurrebbe, come rilevato in precedenza, in una patente violazione del principio di colpevolezza oltre che in un "dovere di profezia" implausibile in ragione della mancanza di un sapere scientifico e dell'indisponibilità dello strumentario tecnico necessario.

Una possibile "via d'uscita" dall'*empasse* costituito dalla titolarità da parte del datore di lavoro del dovere (non delegabile *ex art. 17 d.lg. n. 81/2008*) di valutare e gestire i rischi e l'evoluzione del sapere scientifico sul quale tale valutazione deve basarsi parrebbe potersi, innanzi tutto, ravvisare in quel "processo di democratizzazione delle regole cautelari" che si esprime attraverso "la massima partecipazione sociale alla for-

(55) Cfr. GIUNTA, *Precauzione*, cit., p. 244.

mazione delle regole cautelari doverose, allo scopo di non rimettere interamente al giudice la valutazione postuma del rischio consentito". In tale condivisione del problema della gestione del rischio nei contesti caratterizzati dall'incertezza sui suoi possibili sviluppi in direzione dell'offesa potrebbe, invero, risiedere un spunto di riflessione ulteriore sul ruolo del diritto penale, in una prospettiva non del tutto avulsa dal diritto vigente.

8. SOLIDARIETÀ E CONDIVISIONE NELLA GESTIONE DEI RISCHI

Pur nella diversità dei linguaggi e delle scelte sul ruolo del diritto penale nella società del rischio, comune a tutte le ipotesi ricostruttive risulta la necessità di "socializzare" il processo di gestione del predetto rischio garantendo il massimo livello di condivisione sulla definizione dei comportamenti doverosi. Trattandosi di pagare un tributo all'incertezza della modernità, la dottrina è concorde nell'auspicare che la sua determinazione sia il frutto di scelte condivise e sollecitate dalla spontanea e *civica* attivazione di coloro che si trovino a rivestire ruoli istituzionali in tali problematici settori.

Ad una logica non lontana da tale processo di "democratizzazione delle regole cautelari" sembra, invero, rispondere la scelta del legislatore del 2008, condivisa anche dalla recente e successiva novella del 2009, di istituzionalizzare le forme e moltiplicare le occasioni di partecipazione alla definizione degli *standard* di sicurezza sui luoghi di lavoro. Oltre alla già citata imposizione al datore di lavoro del dovere di consultare il medico competente, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nella redazione del documento di valutazione dei rischi, il provvedimento ha in varia guisa formalizzato il dialogo volto alla predisposizione delle politiche di intervento in materia di sicurezza sul lavoro prevedendo, tra gli altri, un Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e di sicurezza sul lavoro (art. 5) ed una Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro (art. 6) ⁽⁵⁶⁾ chiamata, tra gli altri compiti, anche alla costruzione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi con riferimento alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro (art. 27).

Sia pur indirettamente, la rilevanza dell'apporto istituzionale nella definizione delle modalità di gestione del rischio per la sicurezza sul lavoro si apprezza anche sul versante delle misure *lato sensu* premiali posto che l'art. 301 d.lg. n. 81/2008 ha stabilito l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 20 ss. del d.lg. 19 dicembre 1994, n. 758 alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda o, a seguito della novella introdotta dal d.lg. n. 106/2009, anche della sola pena dell'ammenda. Si tratta di una forma di estinzione, la quale, a differenza dell'art. 162 *bis* c.p. avente ad oggetto un isti-

⁽⁵⁶⁾ A questo proposito va ricordato come il d.lg. n. 106/2009 abbia modificato il citato art. 6 aggiungendo una lettera *m-ter* al comma 8 ove si autorizza la previa individuazione di tipologie di attività per le quali l'obbligo di elaborare procedure standardizza-

te per la redazione del documento di valutazione dei rischi di cui all'art. 26, comma 3 non operi in quanto l'interferenza delle lavorazioni in tale ambito risulti irrilevante.

tuto rimesso all'esclusiva iniziativa del contravventore, assume pienamente le forme di un procedimento guidato e controllato – oltre che anticipato alla soglia del procedimento penale – dando luogo ad una “parafrasi razionalizzata e potenziata della figura oblativa introdotta dalla l. n. 689/1981”⁽⁵⁷⁾. L'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose è conseguenza, in effetti, dell'adempimento di una prescrizione impartita dall'Organo di vigilanza (art. 20, comma 1), che consente, qualora sia anche pagata una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda (art. 21, comma 2), la conclusione del procedimento penale già all'inizio della fase delle indagini preliminari mediante il ricorso allo strumento dell'archiviazione (art. 24, commi 1 e 2). A seguito della riforma del 2009, tale procedimento è stato ulteriormente allargato anche alle contravvenzioni punite con la sola ammenda ed agli illeciti amministrativi (art. 301-bis introdotto dall'art. 143 d.lg. n. 106/2009), in tal modo accentuando la tendenza del legislatore ad impedire qualunque forma di automatismo nell'estinzione delle violazioni in materia di lavoro anche quando si tratti di illeciti sanzionati con la sola pena pecuniaria.

Alla medesima logica si ispira altresì il nuovo art. 302-bis il quale prevede che gli organi di vigilanza possano impartire disposizioni esecutive ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e delle buone prassi, laddove volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi espressamente richiamate in sede ispettiva, qualora ne riscontrino la non corretta adozione, e salvo che il fatto non costituisca reato.

Sebbene, dunque, la legislazione vigente non ignori i benefici effetti della condivisione del procedimento di valutazione dei rischi, tali forme di gestione partecipata non si riverberano minimamente sul versante delle tecniche di costruzione delle fattispecie, ancora tenacemente ancorate al modello della “contravvenzione in bianco”. A ben vedere, invece, il modello partecipativo appena menzionato non appare del tutto insuscettibile di essere valorizzato anche sul piano sanzionatorio. Se, come rilevato da attenta dottrina in ordine ai rapporti tra evoluzione del sapere scientifico ed imputazione di responsabilità per colpa, “serve una tutela che funzioni già all'epoca delle condotte, senza bisogno di aspettare conoscenze scientifiche ulteriori; una tutela scientificamente pensata per il contesto dell'incertezza scientifica seria” ciò potrà ben avvenire attraverso il trasferimento dei costi dell'ingresso del principio di precauzione dalle spalle dell'imputato alle “mani di Autorità che lo prendano sul serio, e sia supportato da precisi doveri di informazione” nei suoi confronti⁽⁵⁸⁾.

Ciò posto, nulla parrebbe escludere che questo virtuoso dialogo tra operatori ed Autorità regolatrici possa essere “presidiato” da sanzioni penali, non più, tuttavia, nella forma della contravvenzione cautelare bensì in quella dell'autentica contravvenzione amministrativa, alla quale affidare la tutela della continuità del flusso informativo necessario per orientare i comportamenti di coloro che operano nei settori nei quali non sia (ancora) scientificamente possibile stabilire *ex ante* le virtualità espansive dei fattori di rischio. Così come, infatti, “non è esclusa una variazione di campo che veda il passaggio dalla tutela diretta di un bene alla tutela di una funzione in cui

⁽⁵⁷⁾ In tal senso PADOVANI, *Commento agli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 D.Lgs. 19-12-1994 n. 758*, in *Leg. pen.* 95, p. 375 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit. p. 654.

il bene è solo coinvolto in un meccanismo di contemperamento con interessi diversi" ⁽⁵⁹⁾ non parrebbe del tutto infondato sostenere, nel diverso settore del diritto della prevenzione antinfortunistica, l'opportunità di un'analogia variazione di campo dalla logica della tutela della funzione diffusa del datore di lavoro chiamato a valutare tutti i rischi a quella della tutela della funzione di un'Autorità pubblica competente ad orientare i comportamenti di coloro che operano in contesti leciti rischiosi, in mancanza di saperi scientifici stabilizzati.

In questa prospettiva, l'operatore non sarebbe né consumatore né creatore delle regole di comportamento ma collaboratore attivo nella costruzione di un sapere condiviso. Peraltro, l'eventuale costruzione di fattispecie incriminatrici di inadempimento di obblighi di segnalazione all'Autorità deve essere concettualmente distinta dalla possibilità di imputare per colpa gli eventi che si verificano in conseguenza dello svolgimento di quella specifica attività. Il rispetto delle fondamentali garanzie del sistema penale si pone d'ostacolo alla predetta imputazione almeno "fino a che non sia disponibile il sapere nomologico necessario per fondare attribuzioni causali. Ma anche quando tale sapere sia stato acquisito, la causalità dell'omessa segnalazione resta un'ipotesi di ben difficile, se non impossibile verificabilità", fermo restando che la costruzione di fattispecie che prescindano dall'accertamento del nesso causale non può che giovare a contesti afflitti e messi in crisi proprio dall'indisponibilità di leggi scientifiche di copertura nella ricostruzione del nesso tra condotta ed evento. Al diritto penale potrebbe, dunque, essere affidato un ruolo di "chiusura", là dove il modello di prevenzione presenti smagliature, o si siano verificati eventi lesivi ⁽⁶⁰⁾.

Potrebbe essere un primo, non inutile, passo per rispondere alla necessità, che deve ormai dirsi urgenza, di prevedere forme alternative di gestione del rischio in diritto penale, nella consapevolezza, ad un tempo, dell'intollerabilità di condanne retrospettive ed esemplari e dell'opportunità di favorire forme di responsabilizzazione collettiva per il pagamento dei costi di un sempre più inevitabile progresso scientifico e tecnologico.

⁽⁵⁹⁾ Così PADOVANI, *Il destino sistematico*, cit., p. 159 con riferimento alle vicende della legislazione penale in materia di aborto.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. PULITANÒ, *Gestione dal rischio di esposizioni professionali*, cit., p. 946.