

obblighi d'impedimento della posizione di garanzia nell'omissione); e dall'intersecarsi reciproco dei due momenti in ragione della presenza nella colpa di un innegabile momento omissivo (il non aver osservato la regola cautelare) e nell'omissione di un addebito a titolo di colpa (per non aver impedito l'evento pur avendone il dovere giuridico). A favorire il processo di consunzione della causalità nella colpa ha, inoltre, contribuito l'idea, condivisa da autorevole dottrina, che "l'inosservanza di regole cautelari, relative ad attività pericolose giuridicamente autorizzate" trovi "più esauriente collocazione sotto la tipicità oggettiva, segnando dette regole innanzi tutto il discrimine tra il lecito e l'illecito oggettivi" (17).

Orbene, i problemi legati all'accertamento della responsabilità nell'ambito di settori (quale, paradigmaticamente quello del diritto penale del lavoro) ove non fosse sempre possibile reperire leggi scientifiche di copertura (siano esse universali o statistiche) in ragione dell'incertezza sulle attitudini offensive di determinati comportamenti ha indotto la giurisprudenza a mutuare dallo strumentario dell'imputazione colposa i criteri di accertamento del nesso tra condotta ed evento (18). Tale stretta penetrazione tra i temi della causalità e quelli della colpa si è presto evoluta nella sovrapposizione delle due categorie proprio in ragione della necessità di imputare la responsabilità penale per il "rischio" inteso come situazione ambivalente in quanto, ad un tempo, risultato della condotta e presupposto della regola cautelare, chiamata, perciò, ad operare non più nel limitato campo del dover essere del comportamento ma anche in quello del suo concreto essere, ed essere stato, in una prospettiva nella quale la condotta possa essere considerata causale in quanto posta in essere in violazione della regola cautelare.

Tale processo, nel quale, come si avrà modo di rilevare tra breve, la giurisprudenza ha giocato un ruolo decisivo, si è, tuttavia, tradotto nel distacco della regola cautelare dai suoi fondamentali tratti distintivi e garantistici. La tralozia funzione della regola cautelare viene, infatti, identificata nella sua attitudine a mostrare al soggetto agente la via da seguire per prevenire ed evitare il rischio di verificazione di eventi dannosi o pericolosi (19). Tale necessario collegamento tra il risultato che si voleva evitare e la concreta violazione della regola è sinteticamente espresso dall'art. 43, comma 2 c.p. ove, nella definizione dei due cardini del delitto colposo, il legislatore richiede la prevedibilità (...l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente) e la sussistenza di un nesso di corrispondenza biunivoca tra violazione della regola e verificazione dell'evento (l'evento... si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline) (20). Nel ferreo collegamento tra l'evitabilità dell'evento e l'osservanza della regola si rinviene il presupposto per una lettura "costituzionalmente orientata" della colpa, rispetto alla quale la "personalità" del rimprovero richiede, innanzi tutto, che "l'evento cagionato dal comportamento inosservante costituisca la concretizzazione del rischio alla cui pre-

(17) Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, p. 346.

(18) Cfr. In argomento DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decor-*

si causali ipotetici, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

(19) Cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 445.

(20) Cfr. Sul punto *amplius* FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 199.

venzione è rivolta la norma" ⁽²¹⁾, e che sia stato previamente verificato il nesso di causalità tra condotta ed evento sulla base di criteri estrinseci alla regola cautelare stessa ⁽²²⁾. Il ricorso alla figura dell'agente modello, e cioè all'uomo coscienzioso e scrupoloso operante nella medesima condizione dell'agente (*homo eiusdem condicionis ac professionis*) ha, infatti, senso soltanto se l'evento era concretamente evitabile per il tramite dell'osservanza, in una prospettiva, per ricorrere ad una bella immagine tratteggiata da parte della dottrina ⁽²³⁾, in cui "il consueto criterio di individuazione della regola cautelare ... ambisce ad instaurare un duplice dialogo, per il vero immaginario ... *ex antea* tra l'agente ideale ed il modello di riferimento e, *ex post*, tra quest'ultimo e il giudice".

Allorquando, tuttavia, il certo collegamento tra rispetto della regola e prevenzione dell'evento viene meno in ragione dell'incertezza sull'attitudine offensiva di comportamenti che si iscrivono nell'ambito di attività governate, ad un tempo, dal rischio e dal "dubbio epistemologico circa la (...) reale capacità esplicativa" di "giudizi formulati in base a leggi - o meglio ipotesi - scientifiche" ⁽²⁴⁾, il virtuoso dialogo tra il soggetto agente ed il suo modello si interrompe, in un corto circuito ove la certezza diviene dubbio, la scienza lascia il posto alla statistica ed all'epidemiologia e la regola *cautelare* viene sostituita dalla regola precauzionale, con la conseguenza che il "cerchio della solitudine che sovente accompagna l'agente colposo, quando il giudice penale deve accertarne la responsabilità" ⁽²⁵⁾ diviene l'angosciante preludio di un processo incerto sui principi, sulle regole e sugli esiti, dal momento che non solo difettano leggi scientifiche di copertura della spiegazione causale ma anche regole cautelari *stricto sensu* intese.

Il problema della legittimazione del diritto penale nei contesti rischiosi, dunque, si intreccia con quello, ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza, dei rapporti tra diritto penale e principio di precauzione, sempre più frequentemente richiamato allorquando si tratti di accertare la responsabilità di soggetti qualificati per i danni verificatisi nello svolgimento di attività socialmente utili.

3. DALLA PREVENZIONE ALLA PRECAUZIONE: VERSO L'ATTUAZIONE DEL *CUPIO DISSOLVI* DEL DIRITTO PENALE?

La progressiva rarefazione dei criteri di accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi della responsabilità accomuna il destino del datore di lavoro a quello di altre figure professionali, chiamate a svolgere attività ontologicamente rischiose in quanto esposte alle "magnifiche sorti e progressive" dell'evoluzione scientifica. Per limitarsi ad uno degli esempi più significativi, basti por mente alle vicende della responsabilità penale del produttore ⁽²⁶⁾, la quale presenta problemi di principio, di disciplina e

⁽²¹⁾ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 208.

⁽²²⁾ Cfr. PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2008, p. 652.

⁽²³⁾ Cfr. GIUNTA, *Precauzione e diritto penale*, in *Criminalia*, 2006, p. 243.

⁽²⁴⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Pericolo*, cit., p. 126.

⁽²⁵⁾ Cfr. GIUNTA, *Precauzione*, cit., p. 243.

⁽²⁶⁾ Cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, *Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 299; PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2007, p. 1125.

di gestione processuale non lontani da quelli che sempre più fortemente emergono nel settore del diritto penale del lavoro.

In un contesto di strutturale incertezza sui contenuti della regola cautelare, questa “subisce inevitabilmente le deformazioni che le imprime il senno di poi”⁽²⁷⁾ dal momento che alla tradizionale (e necessariamente) previa riconoscibilità della regola di comportamento al momento della condotta si sostituisce la retroattività di una norma di condotta elaborata sulla base di un sapere scientifico, che si è stabilizzato in un momento successivo al *tempus commissi delicti*. Del senno di poi si riempiono, allora, non solo le fosse ma anche le sentenze di condanna, frequentemente pronunciate “ora per allora” sulla base dell’affermazione secondo la quale “la soglia – insita nei concetti di diligenza e di prudenza – oltre la quale l’agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta, non è costituita dalla certezza scientifica ma dalla probabilità o anche la sola possibilità (purché fondata su elementi concreti e non congetturali) che queste conseguenze si producano”⁽²⁸⁾.

Senonché, come rilevato da parte della dottrina⁽²⁹⁾, la lettura retrospettiva del principio di precauzione si traduce in una sorta di eterogenesi dei fini della sua teorizzazione ed applicazione pratica posto che l’“immissione nel discorso penalistico ne rovescerebbe il profilo corrente, dai tratti tipicamente progettuali, prospettivi, (...) a quelli retro-spettivi di criterio di imputazione della responsabilità penale *ex post*? Per limitarsi ad un caso giurisprudenziale particolarmente suggestivo, l’operazione alla quale ha proceduto la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla configurabilità della responsabilità colposa dei vertici aziendali del Petrolchimico, può essere sinteticamente ravvisata nella dilatazione del contenuto della regola di comportamento alla prevenzione di eventi non ancora prevedibili anche se ricollegabili alla condotta sulla base di un sapere scientifico formatosi in epoca successiva. Il debole supporto al quale è ancorato l’accertamento della responsabilità del soggetto agente è costituito dal presupposto negativo “della possibilità di ricondurre comunque l’evento alle conseguenze della violazione della regola di condotta, anche se infrequenti e non previste anticipatamente, purché non siano completamente svincolate dallo scopo perseguito nella redazione della regola cautelare”. L’allontanamento dai principi di colpevolezza e di tipicità colposa appare chiaramente dal predetto passo della motivazione della sentenza, ove si dà luogo ad una vera e propria opera di creazione pretoria di una nuova regola di condotta poggiata sulle sabbiose fondamenta della precauzione, vale a dire di ciò che, proprio nei contesti di incertezza scientifica e tecnologica sulle attitudini lesive di una determinata attività o dell’uso di una determinata sostanza, si impone a chiunque la ponga in essere nell’interesse – e, ad un tempo, nella necessità di predisporre un’adeguata tutela – della collettività.

Che, tuttavia, la regola precauzionale costituisca, agli effetti della legge penale, il “nuovo volto” della regola cautelare appare conclusione che, ben lontana dall’offrire la soluzione del dover essere del diritto penale nelle attività rischiose, ne esprime

⁽²⁷⁾ Cfr. GIUNTA, *Precauzione*, cit., p. 244.

⁽²⁸⁾ Così la sentenza, pronunciata a seguito di due gradi di giudizio nel c.d. caso del Petrolchimico di Porto Marghera, Cass. 17 maggio 2007, n. 885, in *Foro*

it., 2007, II, c. 550, con nota di GUARINIELLO.

⁽²⁹⁾ Cfr. FORTI, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 177.

drammaticamente la tensione rispetto ai principi fondamentali. Riguardata dall'angolo visuale delle fondamentali regole dell'imputazione colposa, infatti, la regola precauzionale è una regola vuota e fatalmente muta di fronte alle domande del processo penale. Per un verso, non indica al soggetto agente la condotta da tenere ma nulla più che un dovere di approfondimento scientifico, di monitoraggio e di segnalazione al pubblico o agli organi di controllo, imponendo, così, non tanto un dovere penale (*rectius* penalmente sanzionato) ma, *lato sensu*, un dovere *civico*, in quanto espressivo dell'obbligo di colui che agisce in un contesto di incertezza e di rischio di informare la pubblica autorità perché orienti il suo comportamento e quello degli altri in attesa della conferma e della stabilizzazione del sapere scientifico nel superiore interesse sociale ⁽³⁰⁾.

Per altro verso la c.d. regola precauzionale è radicalmente incapace di surrogare la mancanza di un sapere scientifico stabilizzato sul piano dell'accertamento del nesso causale, potendo, al contrario, la sua violazione fondare un giudizio di colpa specifica soltanto sulla base del duplice presupposto di un rigoroso accertamento della causalità materiale sulla base del sapere scientifico disponibile al momento del giudizio, e dell'acclarata idoneità preventiva della regola precauzionale stessa ⁽³¹⁾.

L'impraticabilità delle categorie penalistiche di causalità e di colpa derivante dall'ingresso nel diritto – e nel processo – penale del principio di precauzione pone seriamente la questione se non sia il caso di abbandonare lo strumentario penalistico per salpare verso altri lidi, alla ricerca di strumenti maggiormente duttili rispetto alle esigenze della "società dell'incertezza", in una prospettiva che, nel rispetto del principio della proporzionalità e della sussidiarietà, escluda l'intervento del diritto penale quando sia possibile rinvenire in altri rami dell'ordinamento misure aventi il duplice pregio di non mettere in discussione i principi di garanzia del sistema, nonché di assicurare la tutela degli interessi coinvolti in termini di ben maggiore effettività rispetto a condanne (in sede penale) spesso soltanto simboliche.

Peraltro, che l'abbandono dell'idea della penalizzazione "ad ogni costo" non corrisponda alla dismissione della tutela degli interessi coinvolti nello svolgimento dell'attività lavorativa emerge dalle ricordate vicende dell'ascesa e del declino dell'"astro penalistico" nei diversi interventi di depenalizzazione degli Anni Novanta. L'analisi della l. n. 499 del 1993 ha, infatti, messo in evidenza come vi sia uno stretto nesso di corrispondenza biunivoca tra emersione del tema del rischio e progressivo ripensamento del ruolo della sanzione penale. Il messaggio insito nella l. n. 499 del 1993 potrebbe, invero, orientare anche chi si trovi oggi a ripensare il ruolo del diritto penale nei contesti delle attività produttive rischiose. L'idea che ispirava la logica della selezione inversa nel 1993, in apparenza innovativa, era in realtà la razionale traduzione di quel *cupio dissolvi* del diritto penale che si traduce nell'illuminato principio di frammentarietà e di *extrema ratio*. Il dirompente ingresso della nozione di "rischio"

⁽³⁰⁾ Cfr. PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 647; PULITANO, *Gestione dal rischio di esposizioni professionali*, in questa rivista, 2006, p. 924; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di*

incertezza scientifica, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 1743.

⁽³¹⁾ Cfr. PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 652.

nel sistema di tutela della sicurezza del lavoro delineato dai provvedimenti degli Anni Novanta si è, infatti, anche espresso attraverso la presa di coscienza della necessità di abbandonare la logica statica dell'imposizione (sempre e comunque) penalmente sanzionata dell'eliminazione delle situazioni di pericolo "fiscalizzate" ⁽³²⁾ nelle innumerevoli previsioni dei decreti antinfortunistici degli Anni Cinquanta, in nome della selezione delle violazioni meritevoli di essere mantenute nell'alveo del diritto penale, nel quadro di un bilanciamento tra sanzioni penali ed amministrative secondo le regole auree della proporzione e della sussidiarietà contenute nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986.

4. TECNICHE DI TUTELA PENALE DAI RISCHI TRA ABOLIZIONISMO E MODERNIZZAZIONE DELLA SANZIONE PENALE

La crisi delle tradizionali categorie penalistiche, alla quale si è fatto riferimento, impone la riconsiderazione del ruolo del diritto penale nelle attività endemicamente caratterizzate, e sotto certi aspetti afflitte, dall'incertezza sull'identità e sugli strumenti di contrasto dei rischi. Richiedere l'eliminazione del rischio come condizione necessaria per la prosecuzione dell'attività in nome del rilievo dei beni giuridici (salute e sicurezza dei lavoratori) coinvolti implicherebbe un oscurantistico e sterile ritorno ad un passato in cui, come si rilevava in precedenza, la sicurezza era intesa in termini di valore assoluto al quale accordare la prevalenza rispetto a qualsivoglia altro valore confliggente. Si tratterebbe, inoltre, di un costo sociale impensabile in quanto le attività pur strutturalmente caratterizzate dalla presenza di rischi per la salute e la sicurezza si pongono comunque a servizio della collettività, giustificando la tolleranza di un livello di "rischio consentito" che esprime la misura in cui il sistema "si accolla il rischio di determinati eventi nello stesso momento in cui autorizza le attività rischiose, purché contenuti nei limiti sopraindicati (il c.d. rischio consentito)" ⁽³³⁾. E che il diritto penale del lavoro conosca già da lungo tempo il concetto di "rischio consentito" è dimostrato dalle clausole di compatibilità prima ricordate, le quali ne costituiscono il precipitato normativo, dal momento che la tolleranza dell'intervento di minimizzazione del rischio, ove non sia possibile la sua radicale eliminazione, presuppone che un rischio, per l'appunto, minimo risulti legislativamente consentito. Analogamente sterile sarebbe, in nome del rispetto del bene giuridico, piegare allo scopo le categorie penalistiche, nella (infondata) convinzione che la misura dell'importanza di un bene sia data dal *quantum* di "penalizzazione" delle violazioni che si traducono nell'offesa a quell'interesse, senza vagliare la possibilità dell'adozione di strumenti alternativi al diritto penale. Come rilevato in una recente ricostruzione manualistica ⁽³⁴⁾, la risposta alla domanda del "perché punire" è pregiudiziale alla risoluzione di qualunque altra questione sul come e sul quando punire posto che "il principio di sussidiarietà del diritto penale (...) si riassume nella necessità di evitare di fare ricorso a quest'ultimo, allorché rispetto a determinati fatti – quand'anche possano apparire non del tutto immeritevoli di sanzione penale – la sanzione amministra-

⁽³²⁾ Cfr. PADOVANI, *Il destino sistematico*, cit., p. 166.

⁽³⁴⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 15.

⁽³³⁾ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 188.

tiva (od, eventualmente anche altri tipi di sanzione) si riveli dotata di un'efficacia pari o superiore rispetto a quella esplicita dalla stessa minaccia penale". Nel tentativo della giurisprudenza di rimanere saldamente ancorata alle tradizionali categorie penalistiche anche al costo di estenderle fino al limite estremo della loro elasticità si nasconde, invece, una percezione del ruolo del diritto penale, in senso totalizzante e pervasivo piuttosto che frammentario e sussidiario. La ricerca di un sistema di governo dei rischi nelle attività produttive alternativo rispetto a quello delineato nelle normative di settore, ben lontana dal tradursi nella dismissione della tutela dei beni giuridici coinvolti, esprime, dunque, l'intento di garantirne efficacemente la protezione, oltre le grida manzoniane di una legislazione troppo spesso simbolica.

A tal proposito, sebbene le soluzioni proposte dagli studiosi siano tra loro profondamente differenziate, la base comune dalla quale tutti muovono è costituita dalla consapevolezza dell'inadeguatezza del modello tradizionale delle "contravvenzioni in bianco" a fronteggiare le sfide della modernità, che ha, per l'appunto, il volto "incerto" ed "angosciante" del rischio. Le soluzioni prospettate per uscire dal soffocante rinvio alle disposizioni richiamate si possono raggruppare in due diversi gruppi: quello delle soluzioni radicalmente abolizioniste e quello delle proposte riformatrici, a seconda che si revochi in dubbio o meno la praticabilità del ricorso al diritto penale.

Tra le posizioni dichiaratamente abolizioniste deve, senz'altro, annoverarsi quella dell'indimenticato maestro Federico Stella⁽³⁵⁾, il quale, analizzato il tema del c.d. diritto penale del rischio sia sul versante del rispetto dei principi fondamentali sia su quello della regola processuale dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", criticava la strumentalizzazione della pena criminale in settori ontologicamente refrattari al rispetto delle garanzie, che si pongono alla base del sistema. L'abbandono dello strumento penale, dunque, veniva teorizzato non solo come opportuno ma anche come necessario ad un sistema più bisognoso di riconciliazione che di condanne, nell'obiettivo tendenziale di potenziare forme di socializzazione del rischio che assicurino, ad un tempo, l'adeguato ristoro delle vittime e il governo amministrativo delle attività suscettibili di tradursi in un danno per i lavoratori, la collettività e l'ambiente.

Analogamente protesa alla difesa dei principi fondamentali del diritto e del processo penale contro talune scelte della giurisprudenza appare la posizione di Pulitanò⁽³⁶⁾, che afferma la necessità, nel rispetto del principio di colpevolezza, della previa riconoscibilità della regola cautelare anche al costo di limitare la tutela di beni giuridici importanti. Pretendere di far operare il principio di precauzione allo scopo di imporre cautele operative si tradurrebbe, tra l'altro, in "una forzatura del senso assegnato dall'ordinamento giuridico al principio di precauzione" stesso. Essendo il principio di precauzione "metodologico e non sostantivo", infatti, esso risulta strutturalmente refrattario a costituire base per la definizione dei comportamenti da tenere per prevedere ed evitare eventi dannosi o pericolosi. Piuttosto, si ribadisce come l'incertezza scientifica seria, lungi dal dovere ricadere sul singolo - consumatore e non produttore della regola - andrebbe concretamente presa in carico dall'Autorità, che, supportata da adeguate informazioni, fornisca agli operatori le direttive funzionali

⁽³⁵⁾ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2003, p. 555.

⁽³⁶⁾ Cfr. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 653.