

Cassazione penale

direttore scientifico **Giorgio Lattanzi**
vice direttori **Domenico Carcano**
Mario D'Andria

L -settembre 2010, n° 09

09

20
IO

| **estratto**

SPUNTI DI RIFLESSIONE
SU DIRITTO PENALE E SICUREZZA
DEL LAVORO NELLE RECENTI
RIFORME LEGISLATIVE

di Gaetana Morgante



GIUFFRÈ EDITORE

| 1041 SPUNTI DI RIFLESSIONE SU DIRITTO PENALE E SICUREZZA DEL LAVORO NELLE RECENTI RIFORME LEGISLATIVE

L'analisi dell'evoluzione del diritto penale del lavoro a far data dai decreti degli Anni Cinquanta offre interessanti spunti di riflessione su taluni temi classici del diritto penale generale. Questo settore del c.d. diritto penale dell'economia, infatti, ha visto maturare ed evolvere la nozione di soggetto attivo del reato, di bene giuridico, di pericolo e rischio, di causalità e di colpa. Per di più, l'esame dei presupposti d'imputazione della responsabilità penale ai soggetti qualificati, datore di lavoro *in primis*, consente di apprezzare i limiti dello strumentario penalistico tradizionale nell'affrontare i temi della modernità, imponendo all'interprete di intraprendere percorsi alternativi anche ricorrendo a forme di responsabilità *stricto sensu* non penali, come quella amministrativa da reato ai sensi del d.lg. n. 231/2001 o quella civile.

Sommario 1. Pericolo e rischio nell'evoluzione del diritto penale del lavoro. — 2. Gestione del rischio e diritto penale: i termini di una relazione problematica. — 3. Dalla prevenzione alla precauzione: verso l'attuazione del *cupio dissolvi* del diritto penale? — 4. Tecniche di tutela penale dai rischi tra abolizionismo e modernizzazione della sanzione penale. — 5. Il ripensamento del ruolo del diritto penale nel sistema di tutela della sicurezza del lavoro: tra *ius conditum*... — 6. ... e *ius condendum*. — 7. Governo dei rischi e modello contravvenzionale nella tutela della sicurezza sul lavoro. — 8. Solidarietà e condivisione nella gestione dei rischi.

1. PERICOLO E RISCHIO NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO PENALE DEL LAVORO

L'art. 2 lett. r) ed s), d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, recante le nuove norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, ha conferito "veste normativa" alla distinzione tra "pericolo" e "rischio", identificandoli, rispettivamente, nella "proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni" e nella "probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno derivante dalle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione". Tale disposizione, rimasta invariata anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lg. 3 agosto 2009, n. 106 recante disposizioni integrative e correttive del c.d. "Testo Unico Sicurezza" (TUS), ha mantenuto fede ad un uso invalso nella legislazione di derivazione comunitaria, di inserire nell'*incipit* dei provvedimenti legislativi le definizioni delle nozioni rilevanti ai fini dell'applicazione di tutte le norme che lo compongono, nel dichiarato intento, per così dire, nomofilattico, di assicurarne l'unitaria interpretazione nei diversi precetti che le richiamano. La scelta del legislatore del 2008 presenta innegabili margini di originalità rispetto all'antecedente prossimo della norma definitoria, vale a dire l'art. 2 d.lg. n. 626/1994, il quale, collocando le definizioni tra il campo di applicazione (art. 1) e le misure generali di tutela (art. 3), non conteneva la differenziazione concettuale tra "pericolo" e "rischio", limitandosi a sta-

di
**Gaetana
Morgante**

—
Professore Associato
di Diritto Penale presso
la Scuola Superiore
S. Anna di Pisa

bilire il contenuto della limitrofa nozione di "prevenzione" (lettera *g*) come "il complesso delle disposizioni o misure adottate o previste in tutte le fasi dell'attività lavorativa per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno".

Senonché, se è pur vero che tale normativizzazione delle definizioni di "pericolo" e di "rischio" risulta una novità rispetto al passato, non è men vero che, ben lontano dall'essere ignoto al pensiero penalistico, il tema della distinzione tra "pericolo" e "rischio" è la chiave di volta per l'analisi dei fondamentali problemi, ad un tempo, dell'evoluzione del diritto penale del lavoro a far data dai decreti antinfortunistici della metà degli Anni Cinquanta e delle sue prospettive future. Il rilievo del passaggio dalla logica della tutela dai pericoli a quella della prevenzione dei rischi per la sicurezza del lavoro è tale che proprio tale svolta ha consentito al diritto penale del lavoro di affrancarsi dallo stato di minorità nel quale versava ai tempi in cui Umberto Romagnoli⁽¹⁾ lo definiva come una "provincia del nostro ordinamento" dimenticata e negletta da tutti, per divenire un settore paradigmatico delle principali sfide del diritto penale della modernità.

L'emersione del problema dell'*an* e del *quomodo* della tutela penale dei lavoratori dai "rischi" derivanti dall'esecuzione dell'attività lavorativa si deve, per l'appunto, a quella sorta di "rivoluzione copernicana" nella definizione del fulcro delle misure di tutela, che si attuò a partire dai primi Anni Novanta, con l'approvazione dei c.d. decreti antinfortunistici di derivazione comunitaria. Come rilevato da parte della dottrina⁽²⁾ "il profilo che appare più immediatamente eccentrico rispetto agli assetti consolidati con la normativa precedente è costituito dal nuovo baricentro teleologico delle misure di tutela". Il passaggio dal divieto del pericolo (o di lavorazioni pericolose) alla minimizzazione del rischio si espresse, dunque, innanzi tutto per il tramite di un ulteriore arretramento della soglia della punibilità dai pericoli, intesi come "situazioni suscettibili, sia pure in grado diverso", di "svilupparsi dinamicamente verso un danno" al "rischio" definito come "situazione ambivalente in cui il pericolo (e il danno eventualmente derivatone) rappresentano una delle possibili situazioni dinamiche, ma non necessariamente la sola"⁽³⁾. La ricchezza di "clausole di compatibilità" nei provvedimenti di derivazione comunitaria esprimeva in termini, per così dire, figurativi il radicale rovesciamento della logica della tutela predisposta dai decreti degli Anni

⁽¹⁾ Cfr. ROMAGNOLI, *Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive sanzionatorie*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 351.

⁽²⁾ Cfr. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1161. A tal proposito, afferma l'Autore che «è ben noto come le misure e le cautele stabilite dai decreti del '55/'56 (...) siano state concepite come forme di protezione della sicurezza e dell'igiene del lavoro destinate ad abbattere il pericolo (...) al punto che, in caso di rischio ineliminabile, viene postulato il dovere di cessare l'operazione che lo implica (...). La sicurezza è così concepita come interesse assoluto (...) destinata perciò a realizzarsi in forma pienamente garantita, o a comportare la dismissione dell'attività

insicura. Assai diverso si prospetta l'atteggiamento dei decreti (...) 'comunitari'. L'art. 3, comma 1, d.lg. n. 626/1994 individua tra le 'misure generali per la protezione della salute e per la sicurezza dei lavoratori' (...) 'l'eliminazione dei rischi (...) e, ove ciò non è possibile la loro riduzione al minimo' (...). L'abbattimento del rischio rappresenta perciò una finalità tendenziale e relativa (...) non un obiettivo assoluto». Sui profili generali e le questioni sistematiche della materia cfr. per tutti PULITANO, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. d. pen.*, vol. VI, Utet, 1992, p. 102 ss.; PULITANO, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, ivi, agg., Utet, 2000, 393;

⁽³⁾ Cfr. PADOVANI, *Il nuovo volto*, cit., p. 1165.

Cinquanta, nella prospettiva tendenziale di abbandonare l'idea della necessaria soccombenza degli interessi potenzialmente in conflitto con la sicurezza sul lavoro, in favore del loro bilanciamento nei limiti del "concretamente possibile" e del "tecnicamente attuabile".

Peraltro, il passaggio dalla logica dell'abbattimento del pericolo a quella di una *fat-tibile* tutela dei lavoratori dai rischi portava con sé la necessità di ripensare il ruolo del diritto penale nel sistema di tutela della sicurezza sul lavoro. Com'è noto il primo formarsi del nucleo essenziale della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro era stato contrassegnato dalla scelta di principio a favore di una «penalizzazione integrale». E ciò, a ben vedere, non soltanto per la prospettiva autoritaria seguita dal fascismo nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, il cui dato qualificante era, per l'appunto, stato rappresentato da un'exasperata valorizzazione dell'intervento pubblicistico a garanzia dell'osservanza della disciplina legale e corporativa⁽⁴⁾. Il canone di una penalizzazione diffusa si era tramandato anche alla successiva epoca repubblicana; da un lato, per l'impraticabilità di alternative sanzionatorie valide ed efficaci (le quali cominceranno a prendere piede, solo con l'introduzione di una disciplina generale dell'illecito amministrativo ad opera della l. n. 689/1981) e, dall'altro lato, per il rilievo accordato alla tutela del lavoro nell'ambito della Costituzione. Tale rilievo assoluto dell'interesse da tutelare, il quale, come si rilevava poco sopra, aveva indotto il legislatore degli Anni Cinquanta ad imporre l'abbattimento radicale del pericolo come condizione necessaria per lo svolgimento dell'attività lavorativa sembrò legittimare, in specie, l'acritica esclusione del diritto penale del lavoro dagli svariati interventi di depenalizzazione, registratisi in Italia a partire dal 1967.

Invero, tanto avveniva nonostante le riflessioni della dottrina avessero da tempo suggerito uno sviluppo della teoria dei beni costituzionalmente rilevanti (la cui storia è a tutti nota e non ha bisogno, in questa sede, di essere ulteriormente ripercorsa ed analizzata), per il quale l'aggancio al valore tutelato non avrebbe la necessità di risolversi in una scelta di tutela penale, dovendo questa restare circoscritta alla sola lesione significativa di simili interessi⁽⁵⁾. Il diritto penale del lavoro riusciva a sopravvivere, così, quasi nella sua interezza, ai numerosi tentativi di riduzione del suo ambito di applicazione nel quadro di un significativo rovesciamento di prospettiva rispetto alla precedente incontrollata espansione della pena; senza che alla sua estensione venisse, tuttavia, a corrispondere un apparato sanzionatorio veramente adeguato, sotto il profilo dell'entità qualitativa e quantitativa delle pene previste.

Senonché, attente elaborazioni dottrinali avevano da tempo evidenziato come la penalizzazione a tappeto *in subiecta materia*, oltre a dar luogo ad un apparato sanzionatorio di intrinseca fragilità - limitato, per lo più, ad una sequela di ammende di modesta entità - risultava suscettibile di generare una tutela sperequata, per essere la pena finalizzata alla stigmatizzazione pressoché indifferenziata di violazioni molto diverse sotto il profilo del disvalore⁽⁶⁾. Risultava allora imprescindibile un intervento di depenalizzazione, che abbandonasse l'usuale tecnica di degradazione dell'illecito

(4) Cfr. PADOVANI, voce *Diritto penale del lavoro*, in 1983, p. 298.
Enc. dir., agg., Giuffrè, 1997, p. 540 ss.

(5) Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in PERA,

(6) Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Giuffrè, *Diritto del lavoro*, Cedam, p. 593 ss.

basata sul criterio estrinseco-formale del tipo di sanzione prevista – in quanto suscettibile di dar vita ad ulteriori sperequazioni – per puntare, viceversa, su una selezione delle fattispecie incriminatrici alla stregua dei fondamentali criteri di proporzione e di sussidiarietà (i quali vincolano il ricorso alla sanzione penale, alla condizione che si tratti di un'offesa di «significativa gravità» ad un interesse di rango primario e che la repressione sia priva di una ragionevole alternativa a livello di sanzioni amministrative).

Una prima razionalizzazione del sistema nei termini appena indicati venne attuata con la legge di depenalizzazione n. 499/1993, proprio in conseguenza di quel passaggio dalla logica dell'«abbattimento del pericolo» a quella della «riduzione dei rischi», il quale, inaugurato con d.l.g. n. 277/1991, di recepimento di direttive comunitarie in materia di protezione dai rischi connessi ad agenti chimici, fisici e biologici, troverà più organica realizzazione con il d.l.g. n. 626/1994. In particolare, pur avendo la legge delega del 1993 impartito la direttiva di trasformare in illeciti amministrativi le innumerevoli contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda vigenti nei più svariati settori della disciplina del rapporto di lavoro e sfuggite ai precedenti interventi di depenalizzazione (art. 1, comma 1, lett. e), essa si preoccupava di conservare rilievo penale ad una serie di violazioni determinanti offese significative ad interessi essenziali dei lavoratori e di rivalutarne adeguatamente l'apparato sanzionatorio. L'intento perseguito era quello di affermare la serietà dell'intervento penale, là dove si fosse scelto di mantenerlo; con un messaggio che è stato da taluni definito «di forte valenza simbolica», perlomeno rispetto alla generalizzazione della comminatoria dell'arresto in alternativa a quella dell'ammenda⁽⁷⁾. La legge del 1993 imponeva, in particolare, di trasformare in illeciti amministrativi le contravvenzioni in materia di lavoro non rientranti nella sfera di operatività di disposizioni dirette ad individuare espressamente, con una sorta di *selezione inversa*, i settori nei quali mantenere la sanzione penale (tra i quali, in particolare, la sicurezza del lavoro e le condizioni psico-fisiche del lavoratore, prevedendo forme di aggravamento sanzionatorio nei casi di maggiore gravità con riferimento al pericolo concreto per la salute). Il passaggio degli illeciti non espressamente esclusi nell'area del diritto punitivo amministrativo non determinava, in ogni caso, un indebolimento o una sostanziale dismissione della tutela. A parte la garanzia di una maggiore prontezza dell'infrazione offerta – in rapporto a violazioni già in precedenza punite con una pena di tipo pecuniario – dal ricorso alla sanzione amministrativa, le variazioni quantitative autorizzate dalla legge-delega nel trattamento sanzionatorio degli illeciti depenalizzati erano pur sempre tali, da salvaguardarne convenientemente l'idoneità dissuasiva⁽⁸⁾.

La medesima *Weltanschauung* sulla tutela dei lavoratori emerge dalla lettura del d.l.g. n. 81/2008, il quale, come ricordato, richiama la nozione di «rischio» ancor prima della disposizione sulle misure generali di tutela (art. 15, comma 1, lett. c) ove, non lontano da quanto già stabilito dall'art. 3 d.l.g. n. 626/1994 si prescrive «l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico»), avendola perfino inserita nell'iniziale

⁽⁷⁾ Cfr. PULITANO, *Quale riforma del diritto penale del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.* 94, I, p. 210 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in PERA, cit., p. 632 ss.

norma di orientamento alla lettura del testo, sancendo ufficialmente lo spostamento del baricentro della tutela dal pericolo al rischio per la sicurezza dei lavoratori. La scelta del legislatore del 2008, anch'essa esentata, per così dire, dall'intervento novellatore del d.lg. n. 106/2009, ha, dunque, confermato come la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro debba necessariamente ispirarsi alla logica della "prevenzione" intesa come «anticipazione teleologica della tutela, e quindi ... arretramento della soglia di punibilità, dal danno al pericolo»⁽⁹⁾, come nei decreti antinfortunistici degli Anni Cinquanta e dal pericolo al rischio, come appena visto nei provvedimenti dei primi Anni Novanta, senza disdegnare (nei termini che si avrà modo di meglio precisare tra breve) il ricorso all'illecito amministrativo nei confronti delle violazioni comparativamente meno gravi, a conferma del definitivo abbandono dell'ossequio fideistico al "divo" penale nella repressione delle violazioni in materia di lavoro.

2. GESTIONE DEL RISCHIO E DIRITTO PENALE: I TERMINI DI UNA RELAZIONE PROBLEMÁTICA

La novità insita nel passaggio dalla tutela dai pericoli alla minimizzazione dei rischi non si esaurisce nel ricordato profilo quantitativo del (più o meno arretrato) livello di anticipazione della tutela rispetto alle situazioni lesive tipiche emergenti nell'esecuzione della prestazione lavorativa, dal momento che esso implica altresì una variazione qualitativa dell'oggetto e del criterio di valutazione del rischio rispetto al pericolo. Quanto all'oggetto, mentre il pericolo "si esprime in termini almeno potenzialmente eziologici verso un evento di danno", il rischio "non è un fattore determinato, ma l'interazione dinamica dei fattori presenti in una situazione data"⁽¹⁰⁾ non necessariamente suscettibile di evolversi in una lesione dell'interesse protetto. Quanto al criterio di valutazione, se in precedenza si dettavano misure tendenti ad eliminare lo specifico pericolo, inteso quale situazione facilmente e celermente suscettibile di evolvere verso il danno, adesso si affronta il problema della gestione globale della sicurezza attraverso complesse procedure capaci di controllare il rischio, che è situazione, non solo, ulteriormente prodromica rispetto all'insorgenza di qualsiasi pericolo⁽¹¹⁾, ma da quest'ultimo qualitativamente diversa, essendo strutturalmente caratterizzato dall'incertezza sul potenziale offensivo dell'interazione dei diversi fattori dai quali esso stesso scaturisce. Rispetto al pericolo, dunque, il rischio si caratterizza in ragione di almeno tre elementi differenziali, rispettivamente costituiti dall'ulteriore anticipazione della soglia della tutela penale, dal maggiore dinamismo dei fattori che lo compongono e, *last but not least*, dal dubbio epistemologico che avvolge le leggi scientifiche, allorché si tratti di valutare i possibili sviluppi verso l'offesa delle attività intrinsecamente rischiose⁽¹²⁾.

In tali contesti rischiosi, dunque, strutturalmente caratterizzati da un livello di anti-

⁽⁹⁾ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 634 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in *Modelli ed esperienze di riforma nel diritto penale complementare*, a cura di

Donini, Giuffrè, 2003, p. 155.

⁽¹¹⁾ Cfr. PADOVANI, *Il nuovo volto*, cit., p. 1163 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale e i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in *Regole dell'agricoltura e regole del cibo, Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore*, Il Campano, 2005, p. 126.

cipazione della tutela a stadi così lontani rispetto alla verifica del danno da risultare incerta anche la mera possibilità di una lesione degli interessi protetti, le categorie penalistiche classiche sono necessariamente destinate ad entrare in crisi. La legittimazione di un intervento di tipo coercitivo, infatti, si fonda, innanzi tutto, sul "riscontro in esigenze e bisogni saldamente ancorati a 'fatti' e circostanze verificabili" ⁽¹³⁾. L'incertezza sulla verificabilità dei presupposti – oggettivi e soggettivi – della responsabilità secondo i parametri conformi ai principi ed alle regole del diritto penale mette seriamente in discussione lo stesso *an* dell'ammissibilità – ed in prospettiva *de iure condendo* della sopravvivenza – di un "diritto penale del rischio". Allontanandosi progressivamente dal momento del danno, l'accertamento della responsabilità nelle situazioni di rischio mostra un duplice livello di tensione rispetto alle tradizionali categorie penalistiche della causalità e della colpa, istituti che, sebbene concettualmente distinti nel pensiero classico, sono andati fatalmente avvicinandosi proprio nell'ambito di quelle attività rischiose ove la ricostruzione della regola cautelare si riverbera anche sulle concrete modalità di svolgimento del processo causale ⁽¹⁴⁾.

Tra le ricadute intrasistematiche del prorompente ingresso nel diritto penale del lavoro della nozione di "rischio" rientra, infatti, a pieno titolo la questione della definizione della regola cautelare di condotta, dal momento che la praticabilità della tranquillizzante nozione tradizionale è stata progressivamente messa in discussione dal dinamismo e dalla strutturale incertezza dei criteri di accertamento della responsabilità di fronte al "diffondersi di processi tecnologici sempre più complessi ed avanzati" nonché a "nuove e molteplici fonti di pericolo che simili fenomeni hanno portato progressivamente ad emersione" ⁽¹⁵⁾. Proprio in tali contesti di incertezza si assiste ad una frequente dissolvenza del tema della causalità in quello della colpa, come dimostrato dalla regolare contaminazione che l'accertamento del nesso causale subisce da parte di elementi propri dell'imputazione soggettiva dell'illecito. La difficoltà di reperire un sapere stabilizzato in ambiti caratterizzati dall'incessante dinamismo del progresso scientifico e tecnologico induce frequentemente ad effettuare una sorta di crasi tra la regola cautelare e la legge scientifica di copertura ed a ricostruire il nesso di causalità sulla base dei paradigmi propri dell'imputazione colposa.

Tale processo di "consunzione" della causalità nella colpa ha essenzialmente avuto luogo nell'ambito della forma di responsabilità più frequentemente "praticata" nel diritto penale del lavoro e, più generale, dell'impresa, vale a dire quella omissiva ⁽¹⁶⁾. La confusione tra i profili oggettivi e quelli soggettivi ha, invero, trovato terreno fertile nel campo del reato omissivo, fisiologicamente caratterizzato dalla sussistenza di elementi in comune con la colpa, elementi costituiti, come attentamente rilevato dalla dottrina appena citata, dalla comune natura normativa (violazione della regola cautelare nella colpa e violazione dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento nell'omissione), dalla selezione degli eventi addebitabili al soggetto (quelli che la regola cautelare mirava ad evitare nella colpa e quelli che caratterizzano il contenuto degli

⁽¹³⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Pericolo*, cit., p. 131.

⁽¹⁴⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008, p. 446.

⁽¹⁵⁾ Cfr. DE FRANCESCO, *Pericolo*, cit., p. 125.

⁽¹⁶⁾ Cfr. GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garantiti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 631 ss.