

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS

DARIO MICHELETTI

LA RESPONSABILITÀ ESCLUSIVA DEL LAVORATORE
PER IL PROPRIO INFORTUNIO
STUDIO SULLA TIPICITÀ PASSIVA NEL REATO COLPOSO

SOMMARIO: 1. La sovversione del principio di sussidiarietà nell'accertamento della responsabilità penale per l'infornio del lavoratore imprudente. – 2. Le ragioni di oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale. – 2.1. La vittima inghiottita dal bene giuridico. – 2.2. La mancata elaborazione di una "tipicità passiva" nella cultura penalistica. – 3. La valorizzazione del comportamento della vittima nel diritto del lavoro. – 3.1. La colpa grave del lavoratore nel sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni. – 3.2. La maggiore selettività della responsabilità contrattuale derivante dall'art. 2087 c.c. – 3.3. Il "rischio elettivo" quale causa di esclusione della "occasione di lavoro". – 4. *L'interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. quale mero riflesso dell'assenza di colpa del garante. – 5. Le carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento del comportamento anormale del lavoratore. – 5.1. L'oscuramento del ruolo della vittima mediante l'eliminazione dell'*Anlass*. – 5.2. L'oscuramento del ruolo della vittima tramite la manipolazione dell'evento. – 6. Premessa a una più selettiva impostazione diagnostica. – 6.1. La tipicità passiva nella colpa relazionale. – 6.2. Il criterio della competenza. – 6.3. L'imprudenza della vittima quale fattore di atipicità dell'evento.

1. *La sovversione del principio di sussidiarietà nell'accertamento della responsabilità penale per l'infornio del lavoratore imprudente*

Oltre a una valenza teorica, il principio di sussidiarietà penale dovrebbe comportare, a rigore, anche ricadute di carattere applicativo. Ostacolando la punizione di un fatto considerato lecito da altri rami dell'ordinamento, questo principio non innesca infatti solo un rapporto di continenza tra norme penali e convergenti norme sanzionatorie di natura amministrativa o civilistica¹. La sussidiarietà funge anche da canone ermeneutico, inducendo a un'interpretazione restrittiva dell'area di rilevanza penale così da evitare che essa smentisca valutazioni di non illiceità espresse da altri rami dell'ordinamento sulla stessa fattispecie concreta². Non sarebbero esclusi da questa "buona regola interpretativa" neppure i reati

¹ Cfr., fra i primi, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe, 1954, 21 ss. *Amplius* di recente G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

² *Amplius* su tale canone ermeneutico GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 46 ss.

causalmente orientati, applicando i quali il giudice penale dovrebbe calibrare i singoli passaggi del giudizio d'ascrizione (la posizione di garanzia, la causalità, la colpa) in modo tale che essi non oltrepassino le soluzioni seguite in sede civile o amministrativa per interpretare i medesimi elementi.

Questo a livello teorico. Nella realtà non mancano invece singolari asimmetrie.

Per rendersene conto è sufficiente confrontare la giurisprudenza penale e quella civile sulla sicurezza del lavoro, soprattutto con riguardo al fenomeno, d'interesse comune, dell'infortunio occasionato dalla negligenza della vittima. Mettendole a raffronto non può sfuggire la tendenziale inversione del principio di sussidiarietà penale innescata dall'utilizzo in ambito giuslavoristico di criteri più selettivi di quelli impiegati dal c.d. diritto penale vivente. Il riferimento va, in particolare, al concetto di "*rischio elettivo*" del soggetto infortunatosi, da tempo radicatosi nella giurisprudenza civile quale limite dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c. (v. *infra* § 3.3), ed invece completamente ignorato dalla giurisprudenza penale, tuttora preda dell'imbarazzante vacuità dell'art. 41, comma 2, c.p. (v. *infra* § 4).

È solo una delle ragioni per cui, nel caso d'imprudenza del lavoratore infortunatosi, varie siano le pronunce civili che esentano da ogni responsabilità il datore di lavoro, laddove la stessa evenienza induce assai di rado a un'assoluzione penale: vuoi perché una qualche carenza organizzativa è sempre rinvenibile nella sequenza causativa dell'infortunio e, secondo un tralatizio orientamento, chi si trova in colpa non potrebbe invocare l'affidamento sulla diligenza altrui, tanto meno se della vittima³; vuoi perché la negligenza del lavoratore tende ad essere vista come la prova *in re ipsa* di una carenza informativa e formativa imputabile allo stesso datore di lavoro⁴; vuoi perché si può sempre addebitare al garante di non avere controllato affinché i lavoratori non incorressero in leggerezze⁵. In mancanza d'altro, perché «*il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore*»⁶ e tanto basta per renderlo comunque responsabile dell'infortunio.

L'esito del confronto, qualunque sia il supporto argomentativo, scade nel paradossale. Il diritto penale, che per imperativo costituzionale dovrebbe fare della colpevolezza il proprio crisma, pare incorrere in una responsabilità da posizione contrastante con l'art. 27 Cost. Il diritto del lavoro, connaturalmente vocato alla salvaguarda degli interessi della parte debole dal rapporto – *in primis* la sicurezza – avverte invece la necessità di ritagliare una zona di autoresponsabilizzazione del soggetto infortunatosi, nella consapevolezza che ciò risponda, oltreché a esigenze

³ Così fra le tante Cass. pen., sez. IV, 14.3.2012, n. 16890, in *CED* rv. 252544.

⁴ V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 29.11.2011, n. 11112, in *CED* rv. 252729, che in ragione di tale supposta carenza ha ribaltato una (ben più condivisibile) duplice assoluzione di merito.

⁵ Cfr. fra le più eloquenti Cass. pen., sez. IV, 3.10.1990, n. 16380, in *CED* rv. 185986.

⁶ Così Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, in *olympus.uniurb.it*.

di giustizia, alla necessità di scongiurare forme di responsabilità oggettiva (v. *infra* § 3 ss.).

Non è questo, peraltro, un fenomeno isolato. La stessa inversione si registra in tutti i contesti nei quali ci si trovi a dover valutare l'incidenza del comportamento della vittima sulla responsabilità altrui. Prova ne è l'esistenza di sentenze palesemente contrastanti, perché di carattere liberatorio in sede civile e di colpevolezza in sede penale, riguardati fattispecie sostanzialmente identiche. Emblematiche al riguardo sono due coeve pronunce della Cassazione, l'una della Sezione penale, l'altra della Sezione civile, relative al caso di un infervorato giocatore di calcetto feritosi per avere impattato contro un oggetto posto ai bordi del campo. Ebbene: nel valutare due fatti sostanzialmente identici occasionati dal furore agonistico della vittima, la Cassazione penale non ha esitato – malgrado la duplice conforme assoluzione di merito – nel chiamare a rispondere dell'infortunio il custode del campo, senza mancare peraltro di invocare a sostegno della propria tesi il tenore degli artt. 2050 e 2051 c.c.⁷. Di contro la Cassazione civile ha confermato la pronuncia assolutoria dei giudici di merito, stabilendo che «*la responsabilità del custode, di cui all'art. 2051 c.c., è esclusa in presenza di una scelta consapevole del danneggiato (c.d. rischio elettivo), il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza della pericolosità della cosa, accetti di utilizzarla ugualmente*»⁸.

Forse taluni penalisti, cresciuti al dogma dei “beni personali indisponibili” – un autentico ossimoro coniato da una cultura penale odiosamente paternalistica⁹ – con conseguente inoperatività dell'art. 50 c.p. nelle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.¹⁰, non condideranno il principio enucleato in quest'ultima massima (viceversa ineccepibile). Quel che è certo è che tali esempi, unitamente ai molti altri sui quali ci si soffermerà, dovrebbero fugare ogni preliminare sospetto di eversività della premessa di questo studio secondo la quale, nell'accertamento della responsabilità colposa per eventi concausati dalla negligenza della vittima, si assiste a una tendenziale sovversione del principio di sussidiarietà penale.

2. Le ragioni di oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale

Molteplici sono le cause della singolare discrasia esistente tra il diritto del la-

⁷ Così Cass. pen., sez. IV, 20.9.2011, n. 18798, in CED rv. 253918.

⁸ Cass. civ., sez. III, 31.7.2012, n. 13681, in CED rv. 623597, con nota di BENEDETTI, *Infortunio durante una partita di calcetto e responsabilità del custode della struttura sportiva*, in *Danno e resp.*, 2013, 717 ss.

⁹ In argomento, da ultimo SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, spec. 1235 ss.

¹⁰ V. per tutti ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 1995, 93 ss.

voro e il diritto penale nella valutazione dell'infortunio del lavoratore negligente. Fattori strutturali e inclinazioni teoriche che condizionano il modo in cui il giudice si approccia al medesimo fatto concreto nei due contesti.

2.1. *La vittima inghiottita dal bene giuridico*

Tra tutti, l'elemento che più ha determinato l'oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale è rappresentato dal carattere pubblicistico che contraddistingue lo *ius puniendi* negli Stati moderni¹¹. Oltre ad avere influito sulla struttura del processo con l'istituzione di un organo cui è riservato l'esercizio del potere di accusa¹², questa dinamica ha radicalmente trasformato il fondamento logico-funzionale della pena, radicandolo nella tutela di beni giuridici ordinamentali¹³, e quindi – in sostanza – “utilità sociali”. In questa prospettiva sarebbe, dunque, non più e non tanto la lesione di diritti soggettivi a giustificare l'utilizzo dello strumento più pervasivo di cui l'ordinamento dispone, bensì l'offesa a esigenze primarie della vita in comune che il legislatore erge a condizioni di esistenza della società¹⁴. Di qui, sia un ampliamento dell'intervento penale, sia una trasformazione delle tradizionali figure di reato (ivi incluso l'omicidio), la persistente incriminazione delle quali discende non già dalla individuale e specifica carica lesiva, quanto dalla loro generale offensività rispetto al bene comune (la vita o l'integrità fisica degli individui) che l'ordinamento riconosce ad ogni cittadino e sul rispetto del quale la società intende fondarsi.

“Inghiottita così la vittima dal bene giuridico”¹⁵, ben poco spazio è rimasto per quella valutazione relazionale del rapporto interpersonale sottostante all'illecito che è invece valorizzato dalla giurisprudenza lavoristica sul rischio elettivo. Il fatto di reato, dalla prospettiva del bene giuridico, scade nell'anonimia. Così come fungibile, da tale angolazione, è il ruolo assunto dalla persona offesa: nulla più di uno dei possibili beneficiari dell'interesse pubblicistico (in questa materia la sicurezza nei luoghi di lavoro) che l'ordinamento si prefigge di assicurare a chiunque si trovi nelle medesime condizioni (nello specifico, a chiunque presti la propria

¹¹ CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcellona, 1998, 17; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 4.

¹² In argomento cfr. anche per gli ulteriori richiami, ORLANDI, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. dir. - Annali*, II, 2008, 943 ss.

¹³ V., per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 14 ss., *passim*.

¹⁴ ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'una sull'altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1061 ss.

¹⁵ L'espressione è di SESSAR, *Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren*, in *Bewährungshilfe* 27 (1980), 329.

attività lavorativa). Ecco perché risulterebbe disfunzionale, per il giudice penale, che la tutela del bene giuridico fosse fatta dipendere dal comportamento assunto, nel caso concreto, dal singolo individuo che casualmente riveste il ruolo di danneggiato. Quale mero esponente della cerchia dei titolari dell'interesse tutelato, egli è chiamato solo a riscuotere il "credito di giustizia" compensativo della disgrazia occorsagli.

Per il resto la sua presenza rimane funzionalmente irrilevante.

2.2. La mancata elaborazione di una "tipicità passiva" nella cultura penalistica

Ma la pubblicizzazione del diritto penale ha influito anche sul concetto di reato e sulla logica del suo riconoscimento processuale.

È movendo da questa angolazione, infatti, che il fatto penalmente rilevante si riduce a "violazione della norma", "tradimento del patto sociale", "trasgressione"¹⁶. Il che finisce per de-relazionare la fattispecie incriminatrice appiattendola nella sequenza che meglio è in grado di rappresentare il significato del singolo comportamento contrario al diritto: illiceità-antigiuridicità-colpevolezza¹⁷. Uno schema piattamente espressivo del rapporto tra l'autorità e il singolo, nell'ambito del quale a poco o nulla rileva il ruolo "collaterale" assunto da terzi – concorrenti o vittime –, il comportamento dei quali, per quanto irresponsabile e concausale sia, mai è in grado di intaccare (*ex art. 41, comma 3, c.p.*) il giudizio sulla singola azione trasgressiva.

Con queste premesse non può allora stupire la persistente assenza di una "tipicità passiva" nella teoria del fatto di reato. Carezza che finisce per accentuare a dismisura, soprattutto nei reati ad evento involontario, il tasso di dipendenza della responsabilità penale dal fortuito¹⁸. Basti osservare che, a parità di condotte trasgressive egualmente idonee sotto il profilo causale, l'esistenza del fatto tipico è fatta dipendere solo dall'"accidentale" verifica dell'evento infausto, occasionata da circostanze concorrenti (fra le quali l'imprudenza della persona danneggiata) che sfuggono totalmente al dominio dell'agente¹⁹. Peggio: talora è persino l'assunzione del ruolo di vittima o di reo a dipendere interamente dalla sorte. Si pensi al contesto della circolazione stradale, dove, nel caso d'incidente innescato dal sinergico concorso di più condotte trasgressive, sarà considerato vittima

¹⁶ Così per tutti BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1872, 205, non a caso il primo ideatore di una teoria del "bene giuridico" espressivo di «condizioni effettive di un salutare bene comune che risultino tali alla luce di un approccio realistico»: *ivi*, 187 ss.

¹⁷ Cfr. CANCIO MELIA, *Conducta de la victima*, cit., 17 ss.

¹⁸ In argomento, essenzialmente, EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 962 ss.

¹⁹ Quasi letteralmente – pur senza riferirsi alla vittima – EUSEBI, *La prevenzione*, cit., 965.

semplicemente colui che ha avuto la peggio, lasciando che l'altro trasgressore assuma il più scomodo ruolo d'imputato; il tutto nella consapevolezza che un esito naturalistico inverso avrebbe capovolto anche il copione processuale.

È il sintomo di un diritto penale sbilanciato sul disvalore d'evento²⁰, e in quanto tale supino rispetto alle giustizialistiche istanze retributive prorotte dal ventre del sentire comune²¹. Di più, è il segno dell'ignavia del diritto penale, incapace di definire un concetto di "vittima meritevole di tutela", ma anche solo di elaborare una graduazione di colpe concorrenti tale da esentare dalla pena chi, indipendentemente dalle conseguenze patite, ha assunto un ruolo inessenziale.

La "moralità latente" del diritto penale finisce così per rilevare solo in senso estensivo, laddove *la figura della vittima viene tenuta immune da qualunque valutazione di merito*. Il suo riconoscimento riflette una mera constatazione naturalistica non sorretta, ma neppure filtrata, da un qualche parametro normativo che non sia la titolarità del bene giuridico presidiato dalla norma violata. Per il resto, il processo penale si limita a registrare un dato sociologico preesistente – non di rado espressivo di veri e propri stereotipi – qualificando come vittima colui che nella vulgata comune è da considerarsi tale: il pedone investito, il lavoratore infortunatosi, il minore feritosi, il malato deceduto, la donna maltrattata, il pericolante offeso, eccetera.

Nessuna valutazione specifica più selettiva. Nessuna agnizione normativa. Ciò che conta, per l'esistenza della vittima, è solo l'appartenenza a una "categoria esposta".

Beninteso: di questo passo non s'intende certo contestare il fondamento sociologico di tali categorie. Né si vuole misconoscere l'esistenza di taluni drammatici fenomeni sociali, *in primis* l'ancora tragica situazione degli infortuni sul lavoro. Il fatto è che appare illusoria, e ancor più disfunzionale, l'idea di fronteggiare queste perenni emergenze con un'assiomatica vittimizzazione cui corrisponde, nella sostanza, un'indiscriminata criminalizzazione. Anzi, proprio l'infedeltà punitiva degli individui eretti a garanti dall'ordinamento, pure per gli eventi determinati da una macroscopica leggerezza della persona naturalisticamente danneggiata, rischia di minare l'efficacia generalpreventiva delle incriminazioni colpose, disincentivando l'adozione del viepiù oneroso sistema della sicurezza, nella consapevolezza – purtroppo assai diffusa tra gli operatori – che qualunque accortez-

²⁰ Nello specifico settore di questo studio coglie uno «sbilanciamento verso il disvalore di evento che degrada la colpa a mera responsabilità oggettiva», ROIATI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2876 s.

²¹ «Le pretese di regolamentazione punitiva basate sullo schema tradizionale del reato di evento manifestano grossolana imprecisione ed esibiscono scoperte cadenze di pura retribuzione. Alimentando vigorose attese di soddisfazione delle aree di irritazione sociale, forniscono combustibile per dare energia a richieste che l'esercizio della giurisdizione sia coerente con il sentire popolare»: ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.

za si adotti nulla può tenere indenne dal caso. Per questa ragione v'è da ritenere che, soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, anziché tramite sommarie condanne, una maggiore tutela del bene della sicurezza sul lavoro sarebbe assicurata da "sagge assoluzioni" in grado di ritagliare un'area di *indominabilità del fatto* presidiata fermamente dalla *non pena*²². Solo così, rivelando ai vertici delle imprese che anche in caso di incidente sussistono concreti margini per dimostrare la mancanza di ogni responsabilità, il sistema della sicurezza potrà divenire appetibile, conveniente e inverarsi nella realtà delle imprese.

3. La valorizzazione del comportamento della vittima nel diritto del lavoro

Significativamente diverso è l'approccio del giudice del lavoro di fronte all'infortunio. A determinarlo non è peraltro solo il contesto privatistico, che rende veramente il processo un confronto paritario tra le parti²³. Lo si deve anche ad altri aspetti che incidono profondamente sulle soluzioni pretorie.

3.1. La colpa grave del lavoratore nel sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni

Il fattore che più ha contribuito a circoscrivere in sede civile l'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c. è rappresentato dalla istituzione di un meccanismo di assicurazione obbligatoria a tutela degli infortuni sul lavoro²⁴. Da un lato, ciò ha ingenerato una triangolazione del rapporto processuale, tale per cui, non di rado, l'istanza risarcitoria della vittima è fronteggiata da una controparte pubblica (l'INAIL o altri enti previdenziali come l'IPSEMA o l'ENPAIA), con il conseguente alleggerimento del carico ideologico che accompagna le cause giuslavoristiche. Dall'altro lato, il sistema delineato dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 è all'origine di un *benefico scarto* tra i presupposti richiesti ai fini dell'indennità per l'infortunio (art. 2 ss. d.P.R. 1965/1124) e l'accertamento di una responsabilità

²² Encomiabile sotto questo profilo, da ultimo, Trib. Milano, 26 giugno 2014, n. 7017, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*.

²³ Ritenere che altrettanto accada anche nel processo penale solo perché ciò è enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost. sarebbe ottuso tuziorismo non potendosi misconoscere la diversa posizione sostanziale e istituzionale che intercorre tra P.M., da un lato, e imputato dall'altro: cfr., per tutti, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1314.

²⁴ Il riferimento è, attualmente, alla disciplina prevista dal *Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* varato con il d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, in relazione al quale v. per tutti PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2009, 144 ss.

del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 c.c. (art. 10 ss. d.P.R. 1965/1124): ed è proprio nell'ambito di questo scarto che ha trovato adeguata valorizzazione la grave negligenza della persona infortunatasi.

Il punto, si badi, è cruciale; anche perché, malgrado la sua rilevanza, non viene sempre compreso neppure dagli operatori.

Lo scarto cui si allude è originato dal fatto che quella contro gli infortuni sul lavoro è solo di nome un'assicurazione. In realtà si tratta di uno strumento di «*assistenza sociale*» imposto dall'art. 38 Cost.²⁵. Basti dire che il citato meccanismo non si presta a fronteggiare un "rischio", così come richiesto *ab substantiam* per le autentiche assicurazioni dall'art. 1895 c.c.; ma presuppone soltanto una «*occasione di lavoro*», di qualunque tipo essa sia²⁶. Ecco perché l'indennità è riconosciuta a chiunque, *in qualunque modo*, si sia infortunato prestando la propria attività lavorativa, indipendentemente dal grado di diligenza osservato nell'esecuzione dell'incarico²⁷. Se ne trova conferma nel fatto che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 1900 c.c., l'indennità è dovuta pure se l'infortunio discende da *colpa grave del lavoratore*, potendo essere esclusa solo quando l'infortunato versa in dolo (*ex art. 65 d.P.R.1124/1965*)²⁸. Non opera infatti in questo contesto il principio assicurativo dell'equiparazione della colpa grave al dolo²⁹: donde la conseguenza che il diritto all'indennità va riconosciuto anche per gli infortuni determinati da un comportamento del lavoratore abnorme, contrario alle più comuni regole di diligenza e prudenza, antitetico rispetto ai regolamenti di fabbrica, agli ordini impartiti dal datore di lavoro e alla normativa per la prevenzione degli infortuni, purché sia legato da un nesso di occasionalità – neppure un nesso di causalità³⁰ – con l'attività lavora-

²⁵ Cfr. Corte Cost., 12.7.1985, n. 221, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, II, 8.

²⁶ Così, fondamentalmente, PERSIANI, *Tendenza dell'evoluzione della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, III, 181 ss.; ID., *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, I, 320; ID., *Diritto della previdenza sociale*, cit., 142 ss.

²⁷ «La legge infortunistica chiede solo che la vittima abbia patito il sinistro in occasione di lavoro, e non in occasione di buon lavoro, di corretto lavoro, di lavoro prudente, di lavoro spiegato con la diligenza del buon padre di famiglia»: così efficacemente CHIAPPELLI, *L'«occasione di lavoro» ed il così detto «comportamento anormale» del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1948, II, 44.

²⁸ Il riferimento è ad atti di vero e proprio autolesionismo o simulazione d'infortunio: v. fra gli altri CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, Milano, 2009, 15 ss., spec. nt. 55.

²⁹ Sulla inoperatività del principio *culpa lata, dolo aequiparatur*, cfr. per tutti NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 373; ID., *Verso l'indennizzabilità dell'infortunio determinato da comportamento volontario dell'infortunato?*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1973, 811 ss.

³⁰ La superfluità di un rapporto causa-effetto tra lavoro e infortunio indennizzabile è un dato oramai pacifico anche in giurisprudenza: cfr. a titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. lav., 5.1.2005, n. 180, in *CED* rv. 579151, riguardante l'infortunio subito da una dottoressa che, alla fine del turno di guardia medica, si stava recando in bagno per lavarsi le mani. Possibile fonte di equivoci è però

tiva³¹. È la logica assistenziale di cui all'art. 38 Cost. che lo impone. Sicché – salvo isolati, vetusti e «ripugnanti» orientamenti di segno contrario³² – ben si può affermare che, in forza di un principio di civiltà giuridica fatto proprio dalla nostra Costituzione, *la colpa del lavoratore infortunatosi mai e poi mai può escludere il diritto all'indennizzo*³³.

Il ragionamento muta radicalmente – ecco il punto – allorché ci si trovi a dover valutare chi debba sostenere le spese dell'indennizzo (l'INAIL o il singolo datore di lavoro in sede di regresso ex art. 11 d.P.R. 1124/1965), e soprattutto se questo vada trasformato, anche quantitativamente, in risarcimento a carico del datore di lavoro (in gergo c.d. risarcimento differenziale). Va da sé infatti che il passaggio dalla logica assistenziale a quella della “responsabilità” implica un diverso e più puntuale accertamento dei presupposti di quest'ultima. Ed è qui che la giurisprudenza e la dottrina giuslavoristica valorizzano *la grave negligenza del lavoratore quale riflesso dell'assenza di colpa del garante*, in quanto tale non aggredibile con un'azione di regresso da parte dell'INAIL³⁴. Il che significa, in termini sistemici, che la grave negligenza della persona infortunatasi, sebbene mai possa compromettere il diritto all'indennizzo del lavoratore, ben può al contrario attestare la mancanza di ogni responsabilità del datore ai sensi dell'art. 2087 c.c.

Per questa ragione, nel diritto del lavoro, la valutazione della grave incidenza della vittima è meno drammatica di quanto non appaia nel penale. Essa non in-

la denominazione di “rischio improprio” utilizzata, per lo meno sino alla metà dell'ultimo decennio, per descrivere quest'ipotesi: cfr. Cass. civ., sez. lav., 4.8.2005, n. 16417, in *CED* rv. 583102; Cass. civ., sez. lav., 28.7.2004, n. 14287, in *CED* rv. 575040.

³¹ Si veda per tutte Cass. civ., sez. lav., 25.6.2009, n. 14946, in *CED* rv. 608833.

³² Il virgolettato riprende un'espressione utilizzata da F. CARNELUTTI nel commento critico alla sentenza della Corte App. Milano, 26.1.1904, in *Riv. dir. comm.*, 1904, II, 152 ss. che aveva negato l'indennizzo (allora previsto dalla legge n. 80 del 1989) all'operaio infortunatosi per essere caduto da un montacarichi sul quale era salito, malgrado l'esplicito divieto, per procurarsi un utensile. Fortunatamente la teoria della colpa (grave) del lavoratore quale causa di esclusione del diritto all'indennizzo ha sempre trovato scarsi sostenitori: tra essi, isolatamente, P. COGLIOLO, *La colpa dell'operaio sinistrato e la risarcibilità dell'infortunio*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 588.

³³ Cfr., tra i tanti, CHIAPPELLI, *L'“occasione di lavoro” ed il così detto “comportamento anormale” del lavoratore*, cit., 42 ss.; PERETTI GRIVA, *L'infortunio e la colpa dell'operaio*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1956, 357 ss.; PETRACCONE, *Occasione di lavoro e colpa dell'infortunato*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1956, I, 799 ss.; LEGA, *Infortunio sul lavoro e cooperazione colposa*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1961, 472; NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, cit., 371 ss.; ID., *Verso l'indennizzabilità dell'infortunio determinato da comportamento volontario dell'infortunato?*, cit., 811 ss.; GALLIGANI, *Infortunio sul lavoro e condotta “anormale” del lavoratore*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1979, 491 ss.; PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 413; DE MATTEIS, GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 245 ss.

³⁴ Cfr. fra le molte Cass. civ., sez. lav., 17.4.2004, n. 7328, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 103 ss., con nota di BELLUMAT, *Responsabilità dell'imprenditore e concorso di colpa del lavoratore in materia di danno da infortunio*; Cass. civ., sez. lav., 13.10.2000, n. 13690, in *Dir. giust.*, 2000, n. 39, 73.

genera un'alternativa secca tra soddisfacimento o frustrazione delle richieste della persona offesa, ma rileva solo ai fini della distinzione tra diritto all'indennizzo e obbligo al risarcimento quale riflesso della responsabilità altrui. La qual cosa ha permesso al sistema giuslavoristico di affinare una più puntuale valutazione della negligenza della vittima nonché *un'interpretazione dell'art. 2087 c.c. più stringente di quella solitamente praticata dal diritto penale giudiziario*.

3.2. *La maggiore selettività della responsabilità contrattuale derivante dall'art. 2087 c.c.*

L'ultima affermazione può apparire sorprendente. Eppure, per quanto strano sulle prime possa sembrare, è soprattutto la natura *contrattuale* della responsabilità del datore di lavoro in materia di sicurezza³⁵ ad avere indotto, in sede civile, a una più stringente definizione dell'obbligo cautelare di cui all'art. 2087 c.c. Al di là del diverso regime probatorio – tale per cui *«incombe al lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro»*³⁶ – l'equilibrio sinallagmatico finisce per abbracciare anche il contesto prevenzionistico, favorendo una delimitazione dell'obbligo di sicurezza che incombe sul datore di lavoro in funzione della diligenza richiesta alla controparte³⁷.

Non è peraltro solo il *milieu* contrattuale ad alimentare tale atteggiamento. Vi contribuisce pure l'abitudine del giudice civile a maneggiare con piena consapevolezza la responsabilità oggettiva (v. artt. 2049 e 2050 c.c.), rispetto alla quale

³⁵ La tratizia tesi del duplice titolo di responsabilità (aquiliana e contrattuale) del datore di lavoro in materia di sicurezza, con il conseguente concorso di azioni, è stata oramai superata dalla constatazione che *«il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'articolo 1374 c.c.) [...] e la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente»*: Cass. civ., sez. lav., 25.5.2006, n. 12445, in CED rv. 589225. Tale posizione ha trovato un definito e autorevole suggello nella coeva pronuncia delle Sezioni Unite, secondo la quale, *«qualunque tipo di danno lamentato [dal lavoratore], e cioè sia quello che attiene alla lesione della professionalità, sia quello che attiene al pregiudizio alla salute o alla personalità del lavoratore, si configura come conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale: nel primo caso il danno deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2103 c.c. (divieto di dequalificazione), mentre nel secondo deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) norma che inserisce, nell'ambito del rapporto di lavoro, i principi costituzionali»*: Cass. civ., sez. un., 24.3.2006, n. 6572, in CED rv. 587370.

³⁶ Cass. civ., sez. lav., 29.1.2013, n. 2038, in CED rv. 624863.

³⁷ Si veda per esempio di recente Cass. civ., sez. lav., 7.8.2012, n. 14192, in CED rv. 623496, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro per la caduta del lavoratore sul pianerottolo scivoloso il cui recente lavaggio non era stato segnalato, sulla base della constatazione che il lavoratore infortunatosi era perfettamente a conoscenza che il tratto da lui percorso fosse bagnato.

egli tende così a marcare le distanze dalla autentica colpa. In altre parole, mentre il giudice penale, cui la responsabilità oggettiva sarebbe costituzionalmente preclusa, tende non di rado a praticarla sottotraccia³⁸, la giurisprudenza civile, chiamata ad applicare alla luce del sole entrambe le forme d'imputazione, e a coglierne il loro diverso fondamento, ha finito per elaborare una nozione di colpa più rigorosa di quella desunta dall'art. 27 Cost., proprio perché deliberatamente costruita *per alterità* dal canone della responsabilità oggettiva³⁹.

Si spiega così l'emersione, in sede civile, di una diagnosi di "colposità" estremamente strutturata, e tale da non poter prescindere, *in primis*, dalla esatta individuazione della regola cautelare trasgredita dal convenuto⁴⁰. Il tutto senza cedere a forme di retroattività occulta della regola cautelare⁴¹, ovvero a ipotesi di colpa generica c.d. residuale – viceversa diffusissime nel diritto penale della sicurezza sul lavoro⁴² – che la Cassazione civile riconosce essere all'origine di vere e

³⁸ Per tutti MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; ID., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 767 ss.

³⁹ Lo si coglie benissimo nell'incipit oramai stereotipato della gran parte delle massime della Sezione lavoro della Cassazione, secondo il quale «*la responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva*»: cfr. Cass. civ., sez. lav., 29.1.2013, n. 2038, in *CED* rv. 624863, e ulteriori innumerevoli precedenti.

⁴⁰ Cfr., fra le più nitide in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 1.6.2004, n. 10510, in *CED* rv. 573342; Cass. civ., sez. lav., 12.7.2004, n. 12863, in *CED* rv. 574461, stando alle quali «dall'art. 2087 c.c. non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile ed innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere automatica la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che il danno si sia verificato, occorrendo invece che l'evento sia riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati». Analogamente, più di recente, Cass. civ., sez. lav., 7.8.2012, n. 14192, in *CED* rv. 623496; Cass. civ., sez. lav., 17.4.2012, n. 6002, in *CED* rv. 621876.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 25/06/2009, n. 14946, in *CED* rv. 608833, secondo la quale «in tema di malattia professionale ed infortuni sul lavoro, va esclusa la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. ove la normativa specifica sulla pericolosità ambientale delle attività inerenti la prestazione lavorativa (nella specie, per aver fatto bruciare, come combustibile, in una stufa all'interno del locale di lavorazione delle traversine ferroviarie impregnate con una miscela di olio di catrame e pentaclorofenolo) sia stata introdotta solo in epoca successiva ai fatti che hanno dato causa all'infermità, dovendosi escludere, in tale eventualità, la colpa dell'azienda». Nello stesso senso – in materia di amianto – Cass. civ., sez. lav., 23.9.2010, n. 20142, in *CED* rv. 614787.

⁴² V. per esempio da ultimo, Cass. civ., sez. IV, 3.6.2014, n. 3634, in *olympus.uniurb.it*, che ha chiamato a rispondere il datore di lavoro della morte del trattorista caduto dal veicolo per un malore, ancorché il trattore fosse a norma secondo le normative vigenti, in quanto il garante avrebbe pur sempre potuto di sua sponte dotare il mezzo agricolo di cinture di sicurezza. Per ulteriori numerose esemplificazioni v. diffusamente M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 74 ss., che tuttavia difende tale prassi, facendone uno dei perni della propria impostazione.

proprie ipotesi di responsabilità oggettiva occulta⁴³. Ma anche l'evento da prevenire in forza dell'art. 2087 c.c. è meglio circoscritto dalla giurisprudenza del lavoro⁴⁴, sino al punto di mettere a fuoco un rischio intrinseco all'attività lavorativa la prevenzione del quale non può essere richiesto dal (e imputato al) datore⁴⁵.

In definitiva, il risultato di tale impianto logico è una responsabilità colposa più autenticamente tale, e distante da quella malcelata forma di responsabilità oggettiva praticata dalla giurisprudenza sugli artt. 589 e 590 c.p. Non v'è pertanto da sorprendersi se la Cassazione civile – pur riprendendo tavola gli stilemi penali-stici, ivi incluso il riferimento all'art. 41, comma 2, c.p. – sia stata spesso in grado di riconoscere una grave colpa della vittima “preclusiva” della responsabilità del garante là dove la giurisprudenza penale tende invece a optare per una pronuncia

⁴³ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 5.3.2002, n. 3162, in *CED* rv. 552826, per la quale «la verifica del sinistro non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di aver adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, atteso che la prova liberatoria a suo carico presuppone sempre la dimostrazione, da parte dell'attore, che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza (suggerite dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica) necessarie ad evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione, a pena di fare scadere una responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva». Analogamente, Cass. civ., sez. lav., 17.2.2009, n. 3785, in *CED* rv. 606623, secondo la quale le lesioni subite da un portalettere scivolato su una lastra di ghiaccio non erano riferibili a colpa del garante, «atteso che nessuna norma, legale o contrattuale, imponeva a detto datore di lavoro di dotare i portalettere di scarpe antiscivolo e che non risultavano violate le norme di *comune prudenza*, potendo le condizioni meteorologiche ed ambientali mutare anche nel corso della giornata lavorativa, senza che ciò fosse facilmente prevedibile in anticipo».

⁴⁴ Cfr. – al di là del caso specifico, riguardante una guardia giurata aggredita da manifestanti che contestava al datore di lavoro di non avere inviato altri colleghi richiesti dalla vittima nel momento in cui la propria auto venne speronata – quanto stabilito da Cass. civ., sez. lav., 17.5.2013, n. 12089, in *CED* rv. 626667, secondo la quale «l'ambito di responsabilità datoriale (...) non può essere dilatato fino a comprendervi *ogni ipotesi di danno*, sull'assunto che comunque il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto».

⁴⁵ Cfr. per esempio Cass. civ., sez. lav., 30.8.2000, n. 11427, in *CED* rv. 539903, stando alla quale: «l'art. 2087 c.c. non delinea, in materia di tutela della salute del lavoratore, un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, i cui obblighi, oltre a dover essere rapportati alle concrete possibilità della tecnica e dell'esperienza, vanno parametrati alle specificità del lavoro e alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi, particolarmente quando sono in questione attività che per loro intrinseche caratteristiche (svolgimento all'aperto, in ambienti sotterranei, in gallerie, in miniere, ecc.) comportano dei rischi per la salute del lavoratore (collegati alle intemperie, all'umidità degli ambienti, alla loro temperatura, ecc.), *ineliminabili, in tutto o in parte, dal datore di lavoro*; rispetto a detti lavori – importanti una necessaria accettazione del rischio alla salute del lavoratore, legittimata sulla base del principio del bilanciamento degli interessi – non è configurabile una responsabilità del datore di lavoro, se non nel caso in cui questi, con comportamenti specifici ed anomali, da provarsi di volta in volta da parte del soggetto interessato, determini un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere. (Fattispecie relativa a patologie professionali – faringite catarrale cronica, ipoacusia, spondiloartrosi diffusa – contratte dal cantoniere stradale in ragione delle mansioni svolte)».

di condanna. Si pensi – quale esempio paradigmatico – al caso del prestatore d'opera infortunatosi per avere assunto un rischio lavorativo disattendendo le prescrizioni del datore di lavoro. Ebbene, in sede penale ciò induce quasi automaticamente a riscontrare quanto meno una *culpa in vigilando* del soggetto gravato dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.⁴⁶. Di contro, la giurisprudenza civile – fors'anche perché consapevole che la vittima e i suoi eredi saranno comunque indennizzati (v. *supra* § 3.1) – tende a negare ogni forma di responsabilità esterna, affermando che «l'obbligo incombenente in capo al datore di lavoro (...) di vigilare sulla osservanza da parte dei lavoratori delle misure di sicurezza, non si estende fino a comprendere quello di impedire comportamenti anomali ed imprevedibili posti in essere in violazione delle norme di sicurezza, limitandosi il suo contenuto all'apprestamento delle predette misure e di vigilanza sulla osservanza delle stesse, ed apparendo inesigibile un controllo personale di tutti i lavoratori»⁴⁷.

3.3. Il “rischio elettivo” quale causa di esclusione della “occasione di lavoro”

Un ultimo fattore che contribuisce, in ambito prevenzionistico, ad attribuire rilievo alla negligenza del lavoratore è rappresentato dalla teoria del “rischio elettivo”⁴⁸; della quale tuttavia la giurisprudenza del lavoro tende a fare un uso talvolta scorretto.

⁴⁶ Emblematica di una *culpa in vigilando* equivalente a vera responsabilità oggettiva Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, cit., che ha condannato il presidente del Consiglio di amministrazione della società per la morte occorsa a un operaio edile specializzato caduto nella tromba di un ascensore dopo avere eliminato la staffa di protezione sulla base dell'apodittico assunto che «il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore».

⁴⁷ Cass. civ., sez. lav., 23.5.2001, n. 7052, in CED rv. 546930. Nella specie – alla stregua del principio riportato nel testo – la S.C. ha confermato la decisione del giudice di secondo grado che, in difformità dalla decisione del pretore, aveva rigettato la domanda dell'INAIL di rivalsa nei confronti del datore di lavoro per le somme erogate in favore di un lavoratore che, nel corso di scavi che stava effettuando in trincea, era stato investito da una frana delle pareti, determinatasi durante la esecuzione di opere (inclinazione, a mezzo di escavatore, delle pareti della trincea) dirette alla predisposizione di misure di sicurezza, essendo entrato in una zona nella quale il pericolo di tale frana era manifesto, nonostante gli avvertimenti verbali e le segnalazioni in tal senso.

⁴⁸ Cfr., nell'amplissima letteratura, CATALDI, *Rischio professionale e rischio elettivo*, in *Dir. lav.*, 1959, 108 ss.; BUSNELLI, *In tema di c.d. “rischio elettivo” negli infortuni sul lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1965, II, 406 ss.; NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 371 ss.; ALIBRANDI, *Il rischio elettivo agli effetti previdenziali ed anche agli effetti prevenzionali*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1978, 452 ss.; ID., *Rischio elettivo ed attività lavorativa colposamente svolta: una distinzione necessaria*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 190 ss.; BELFIORE, *Infortunio sul lavoro, responsabilità del datore di lavoro e colpa del lavoratore*, in *Giur. mer.*, 1983, I, 307; FONTANA, *Rischio professionale e rischio elettivo nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro*, in *Nuovo dir. agr.*, 1998, 90 ss.; FERRARI, *La configurabilità del rischio elettivo nell'infortunio in itinere*, in *Foro it.* 1998, I, 1791 ss.; SIMONATO, *Occasione di lavoro e rischio elettivo: il consolidarsi di un orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 183; FONTANA, *Brevi cenni sull'elaborazione giurisprudenziale del c.d. rischio elettivo*, *Mass. giur. lav.*, 2006, 854 s.

A rigore, infatti, il rischio elettivo è solo quello derivante da comportamenti del tutto avulsi dall'obbligo lavorativo e scaturiti da una scelta volontaria del prestatore d'opera volta a soddisfare esigenze personali. Esprimendo di tal guisa un "rischio comune", verrebbe così meno l'«occasione di lavoro», ossia quel nesso funzionalistico tra incidente e obbligazione lavorativa sul quale si fonda il sistema previdenziale delineato dall'art. 2 ss. d.P.R. 1124/1965. Ecco perché, nel caso di autentico "rischio elettivo", il soggetto danneggiato, oltre a perdere il diritto al risarcimento da parte del datore di lavoro, *neppure potrà conseguire l'indennizzo dall'INAIL*. Il che spiega la ragione per cui siano proprio i legali di quest'ultimo Ente, di fronte a una grave negligenza del soggetto infortunatosi – ben sapendo che ciò impedirà all'INAIL di agire in regresso nei confronti del datore di lavoro – a cercare di "spacciare" per rischio elettivo ciò che in realtà è semplice negligenza del lavoratore. È da qui che originano le tradizionali incertezze sulla distinzione tra "infortunio colposo" e quello derivante da autentico "rischio elettivo": concetti talora confusi nella prassi non già perché interferenti, ma perché l'interesse di una delle parti processuali spinge a sovrapporli.

Come che sia, è un fatto che nella giurisprudenza del lavoro, accanto a coerenti pronunce sul "rischio elettivo", si rinvencono decisioni assai più discutibili che riconducono a tale figura teorica semplici infortuni caratterizzati da grave colpa del soggetto danneggiato. Tra le prime sentenze vale qui richiamare la congrua qualificazione di "rischio elettivo" riconosciuta agli incidenti occasionati dalla curiosità del lavoratore⁴⁹, da spavalderia⁵⁰, ovvero determinati da una mera attività ludica⁵¹, o comunque da scelte esistenziali del tutto slegate dal contesto lavorativo⁵².

Molto più nutrita, e discutibile, è però la giurisprudenza che, sotto le mentite

⁴⁹ V. da ultimo il caso del partecipante a un corso di perfezionamento antincendio che, durante la pausa del caffè aveva voluto osservare da vicino il vano nel quale era allocato il discensore per i vigili del fuoco, avvicinandosi tanto da perdere l'equilibrio e così cadere nello stesso: Cass. civ., sez. lav., 4.7.2007, in *CED* rv. 598750. Ma si consideri altresì l'incidente occorso a un lavoratore agricolo che, avendo trovato un proiettile inesplosivo nel campo, nel batterlo contro un sasso per imprudente curiosità, ne aveva provocato l'esplosione: App. Napoli, 21.9.1962, in *Dir. lav.*, 1963, II, 157 ss., con nota di C. ROCCO, *Colpa del lavoratore e "occasione di lavoro" nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*.

⁵⁰ Si veda il caso del lavoratore saltato dall'impalcatura soltanto al fine di dimostrare la propria agilità, «per un mal riposto spirito sportivo» (App. Trieste, 6.7.1961, in *Riv. it. prev. soc.*, 1962, 728 ss.); nonché il caso – oramai di scuola – del lavoratore che per dimostrare la propria forza, durante una pausa, s'infortuna sollevando un notevole peso: App. Milano 6.6.1930, in *Dir. lav.*, 1930, II, 527 ss.

⁵¹ Così Trib. Lanciano, 29.12.1961, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1962, II, 207 ss. riguardante il lavoratore infortunatosi per avere rincorso, per gioco, un compagno di lavoro durante il riposo pomeridiano.

⁵² Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 9.7.2014, n. 15705, in *olympus.uniurb.it*, che ha considerato espressione di un rischio elettivo l'infortunio cagionatosi dal lavoratore per essere sceso dal ponteggio, in occasione della pausa pranzo, aggirandosi ai tubi dell'impalcatura, anziché passare dalla botola.

spoglie del “rischio elettivo”, ha inopinatamente escluso l’indennizzabilità di semplici infortuni caratterizzati da colpa della vittima: in presenza dei quali si sarebbe dovuto pertanto escludere solo la responsabilità del datore per violazione dell’art. 2087 c.c. Si pensi al caso dell’operaio infortunatosi mentre espletava le mansioni a lui affidate servendosi, nonostante l’esplicito divieto, di una macchina anziché di una pala⁵³. Ma si consideri, altresì, la vicenda del lavoratore precipitato al suolo per essere sceso da un’impalcatura senza utilizzare le apposite scale, e balzando sul ripiano sottostante provocandone così il crollo⁵⁴. O ancora, si veda il caso del lavavetri caduto a terra per essersi avvalso, quale mezzo di sopraelevazione, di un tavolino in cattive condizioni anziché della scala a sua disposizione⁵⁵. In tutti questi casi sorge il sospetto che la giurisprudenza abbia fatto ricorso strumentalmente alla figura del “rischio elettivo” per negare il diritto all’indennizzo laddove si sarebbe dovuto invece escludere solo la responsabilità del datore e il conseguente risarcimento.

Senonché, al di là dell’incoerenza, tutte queste pronunce attestano in modo ancor più eclatante la distanza che separa la giurisprudenza civile da quella penale nella valutazione della grave negligenza del lavoratore, comprovando la fondatezza della tesi prospettata in apertura circa l’esistenza di sovversione del principio di sussidiarietà (v. *supra* § 1). Tant’è che non sarebbe difficile rinvenire per ciascuna delle citate pronunce sul rischio elettivo altrettante sentenze della Cassazione penale in cui lo stesso fattore di rischio, pur generato dalla grave negligenza della vittima, ha portato viceversa a una decisione di condanna del garante. Del resto è agevolmente riscontrabile come la giurisprudenza penale non attribuisca mai alcun rilievo alla circostanza che l’infortunio sia occasionato da una scelta volontaria del prestatore d’opera del tutto avulso dall’adempimento dell’obbligo lavorativo e volta a soddisfare esigenze personali⁵⁶. Valga per tutti l’esempio dell’infortunio del lavoratore occasionato dalle sue condizioni di ubriachezza o assunzione di stupefacenti. Ebbene, mentre per il diritto del lavoro sarebbe questa un’ipotesi di scuola di “rischio elettivo” – tale dunque da determinare non solo l’irresponsabilità del datore di lavoro ma addirittura la *perdita del diritto*

⁵³ Trib. Ancona, 14.12.1967, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1968, II, 185 ss.

⁵⁴ Cass. civ., sez. lav., 14.4.1965, n. 679, in *Arch. giur. resp. civ.*, 1966, 674, con nota giustamente critica di BUSNELLI, *In tema di c.d. “rischio elettivo” negli infortuni sul lavoro*.

⁵⁵ Cass. civ., sez. lav., 15.9.1997, n. 9159, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 451 s.

⁵⁶ Emblematico il caso trattato da Cass. pen., sez. fer., 26.8.2010, n. 32357, in *CED* rv. 247996, che ha riconosciuto la responsabilità del datore di lavoro malgrado che l’infortunio fosse stato occasionato dalla decisione del lavoratore cui il berretto era stato strappato da una folata di vento, di scendere velocemente a terra utilizzando per la fretta una scala in muratura sprovvista di corrimano, anziché quella di cantiere appositamente predisposta all’interno dell’impalcatura. Sulla stessa linea, più di recente, Cass. pen., sez. IV, 25.6.2013, n. 42501, in *CED* rv. 258239 che sarà esaminata nel prosieguo (v. *infra* § 5.1).

*all'indennità del lavoratore e dei suoi familiari*⁵⁷ – viceversa per la giurisprudenza penale anche questo tipo d'infortunio sarebbe fonte di un'automatica responsabilità del garante, condannato nel migliore dei casi per non avere controllato lo stato di lucidità del lavoratore⁵⁸.

4. *L'interpretatio abrogans dell'art. 41, comma 2, c.p. quale mero riflesso dell'assenza di colpa del garante*

L'incapacità della giurisprudenza penale di attribuire il giusto rilievo alla negligenza del lavoratore è, a ben vedere, il sintomo di una carenza più radicale, fomite del concetto di responsabilità colposa utilizzato dalla stessa sulla scorta delle tradizionali elaborazioni teoriche⁵⁹. Il riferimento è soprattutto alla concezione della "colpa come prevedibilità", grazie alla quale il giudice, millantando l'effettuazione di un giudizio *ex ante*, si trova nella condizione di plasmare l'addebito a proprio piacimento, sino a poterlo trasformare in un surrogato della responsabilità oggettiva⁶⁰. Basti considerare quanto accade con il principio di affidamento, l'enunciazione astratta del quale viene sistematicamente tradita, sulla

⁵⁷ Sulla pacifica riconducibilità di questa ipotesi al novero del rischio elettivo v., per tutti, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 167.

⁵⁸ Così da ultimo Cass. pen., sez. IV, 13.6.2013, n. 38129, in CED rv. 256417; Cass. pen., sez. IV, 14.6.2012, n. 36272, in *olympus.uniurb.it*. In entrambe le decisioni – in cui curiosamente coincidono tanto il Presidente (Carlo Brusco) quanto l'estensore (Salvatore Dove) – si sostiene che «*correttamente la Corte territoriale ha ritenuto che l'essersi posto all'opera in stato di ebbrezza [nella fattispecie un tasso alcolemico pari a 2,40 grammi al litro!] rappresenta una condotta colposa del lavoratore avente valore di concausa dell'evento prodottosi; come tale non idoneo ad escludere l'efficienza causale dell'inosservanza ascritta al [garante]. La condotta maldestra, inavvertita, sconcertata, confusione per effetto dell'ebbrezza alcolica, è null'altro che un comportamento imprudente, anche a fronteggiare il quale è posto l'obbligo prevenzionistico facente capo al datore di lavoro. È immune da censure, quindi, la Corte di appello quando ha ritenuto che non ricorre nel caso di specie alcun comportamento anomalo del lavoratore e che quindi non è rinvenibile in esso una causa da sola sufficiente a produrre l'evento*». Analoga posizione è stata espressa dalla Cassazione penale nel caso di lavoratore assurdamente infortunatosi a causa dell'assunzione di sostanza stupefacente: una condizione che non è valsa a escludere la responsabilità del datore benché la Corte abbia osservato che il lavoratore deceduto «*sapeva bene che la sostanza avrebbe influito sull'attività lavorativa in quanto alterava la sua vigilanza e l'esatta percezione spazio temporale del luogo in cui operava*», specificando poi che «*la droga presa influiva sulle capacità di concentrazione, di percezione e di vigilanza che ogni lavoratore, quindi anche l'infortunato, deve mantenere integre nello svolgimento della sua attività*»: così Cass. pen., sez. IV, 13.11.2007, n. 7709, in CED rv. 238526.

⁵⁹ Cfr., tra le principali ricostruzioni, G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 3 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

⁶⁰ Per una panoramica dei principali inconvenienti innescati dalla colpa come prevedibilità nella materia oggetto di questo studio v. da fra gli altri CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 25 ss., *passim*.

scorta del giudizio di prevedibilità, dall'assiomatica assunzione del dovere di sfiducia quale unica regola cautelare doverosa⁶¹.

In questo quadro, sarebbe dunque vano sperare che l'art. 41, comma 2, c.p. o un più robusto giudizio di colpevolezza offrano all'imputato reali vie di scampo. Quest'ultima soluzione, caparbiamente perorata dalla più giovane dottrina⁶², finisce infatti per ridursi all'invocazione di un atto di clemenza rivolta al giudice: il quale dopo avere ideato una tipicità colposa ideologicamente orientata alla massima salvaguardia del bene giuridico offeso, dovrebbe trovare la forza di assolvere l'imputato in nome di specifiche carenze o limiti personali di quest'ultimo – insomma una pia illusione. Ma parimenti inutile si rivela il ricorso al concetto di «*causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento*», com'è attestato dal fatto che, a fronte della ripetuta enunciazione di principio secondo cui “una condotta abnorme, eccezionale, esorbitante del lavoratore ben potrebbe escludere il nesso di causalità”, in concreto tale eccezionalità non viene mai riscontrata, tranne – può sembrare assurdo ma è così – nei casi in cui la colpa del garante sia del tutto assente⁶³.

Nulla più, insomma, di un gioco di specchi, determinato dal fatto che nell'interpretazione dell'art. 41, comma 2, c.p. la giurisprudenza penale si avvale del medesimo criterio (*la imprevedibilità/eccezionalità*) utilizzato dalla stessa per

⁶¹ Cfr. seppure nel contesto della circolazione stradale, Cass. pen., sez. IV, 15.7.2010, n. 32202, in *CED* rv. 248354, secondo cui «in tema di reati commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale, costituisce di per sé condotta negligente l'aver riposto fiducia nel fatto che gli altri utenti della strada si attengano alla prescrizioni del legislatore, poiché le norme sulla circolazione stradale impongono severi doveri di prudenza e diligenza proprio per far fronte a situazioni di pericolo, determinate anche da comportamenti irresponsabili altrui, se prevedibili. (In applicazione del principio, si è ritenuto che il conducente avente diritto di precedenza, nonostante ciò, conservi, nell'approssimarsi ad intersezioni ove possano sopraggiungere altri veicoli, l'obbligo di tenere una condotta adeguatamente prudente, e non può, pertanto, limitarsi ad invocare il comportamento imprudente del conducente sfavorito dal diritto di precedenza, se ordinariamente prevedibile).

⁶² Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 461 ss., 560 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 147 ss., 195 ss.; GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 338 ss., 357 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 230 ss., 266 ss.; CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, cit., 213 ss., 287 ss. In argomento v. altresì CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012 ss.; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss.

⁶³ V., per tutti, emblematicamente, Cass. pen., sez. IV, 19.12.2011, n. 46819, *olympos.uniurb.it*, nelle motivazioni della quale si legge: «l'inosservanza delle norme di prevenzione, contro gli infortuni sul lavoro, da parte dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti ha valore assorbente rispetto al comportamento del lavoratore, la cui condotta può assumere rilevanza ai fini penalistici solo dopo che da parte dei soggetti obbligati siano adempiute le prescrizioni di loro competenza». In senso analogo, Cass. pen., sez. IV, 23.1.2007, n. 10121, in *CED* rv. 236109.

accertare la responsabilità colposa⁶⁴. Con la conseguenza che tale norma non garantisce, nei fatti, alcuna selezione ulteriore rispetto alla verifica della “colpa-come-prevedibilità”, risolvendosi nella riaffermazione che anche quella specifica negligenza del lavoratore doveva essere prevista e prevenuta dal garante⁶⁵.

Per avere riprova dell'*interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. – impiegato dalla Cassazione, non già per appurare un'interruzione del nesso tra la condotta tipica e l'evento, ma quale mero riflesso dell'assenza di colpa – è sufficiente considerare le rare pronunce in cui se ne è fatta applicazione al fine di assolvere il garante nel caso di incidente occasionato da una grave negligenza del lavoratore. Analizzandole nel dettaglio ben ci si avvede infatti che tali sentenze, lungi dal fondarsi sulla riscontrata assenza del rapporto causa-effetto, sono dovute invece solo alla mancanza della benché minima trasgressione di una regola cautelare, e quindi di una condotta tipica⁶⁶.

Si consideri anzitutto la travagliata vicenda processuale del datore di lavoro chiamato a rispondere della morte per insufficienza respiratoria dell'operaio sceso in una vasca di accumulo per rifiuti idrici durante la fase di pulitura senza indossare maschera di protezione e cintura di sicurezza⁶⁷. Ebbene, la definitiva assoluzione dell'imputato – in seguito, peraltro, a due giudizi di legittimità – è avvenuta solo formalmente sulla scorta dell'art. 41, comma 2, c.p. In realtà, considerando con attenzione la fattispecie concreta, si nota agevolmente che la vera ragione dell'assoluzione sta tutta nella mancanza di una qualunque regola cautelare violata dal garante: il quale – come appurato nei giudizi di merito – era una persona particolarmente attenta al profilo della sicurezza tanto che «*eseguiva personalmente per la prima volta gli interventi commissionati alla propria impresa, in-*

⁶⁴ Questo dato è oramai riconosciuto esplicitamente nelle motivazioni e nelle massime della Cassazione: v. fra le moltissime Cass. pen., sez. IV, 14.3.2014, n. 22249, in *CED* rv. 259227; Cass. pen., sez. IV, 13.6.2013, n. 38129, in *CED* rv. 256417.

⁶⁵ Cfr. fra le tante Cass. pen., sez. IV, 15.11.2011, n. 42021, in *olympus.uniurb.it*, ove si legge: «nel campo della sicurezza del lavoro, può escludersi l'esistenza del rapporto di causalità unicamente nei casi in cui sia provata l'abnormità del comportamento del lavoratore infortunato e sia provato che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento. Nella materia che occupa deve cioè considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro; e la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che l'eventuale colpa concorrente del lavoratore non può spiegare alcuna efficacia esimente per i soggetti aventi l'obbligo di sicurezza che si siano comunque resi responsabili della violazione di prescrizioni in materia antinfortunistica».

⁶⁶ L'equivoco trova oramai esplicito rilievo anche nel tenore delle motivazioni: si veda per esempio Cass. pen., sez. IV, 13.8.2012, n. 32422, in *olympus.uniurb.it*, nella quale si legge che «l'evento quindi fu pacificamente cagionato da un comportamento assolutamente abnorme della stessa vittima tale da elidere qualsivoglia collegamento eziologico con le condotte o le omissioni (*invero non connotate dai profili colposi*) contestate in astratto agli imputati» [corsivo aggiunto].

⁶⁷ Cass. pen., sez. III, 7.7.2011, n. 38209, in *CED* rv. 251294.

*caricandone i dipendenti solo in successive occasioni; compiva quotidianamente il giro dei cantieri aperti e riprendeva aspramente gli addetti sorpresi a trasgredire le prescrizioni antinfortunistiche». A fare difetto, nel caso di specie, non è quindi il nesso causale tra la condotta tipica e l'evento, come lascerebbe intendere l'applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p. Assente è la stessa condotta tipica, stante la carenza di una *culpa in instruendo* o *in vigilando*, o di una qualsiasi altra regola organizzativa o strumentale che il garante abbia trasgredito.*

Non è un caso isolato. L'utilizzo dell'art. 41, comma 2, c.p. quale semplice riflesso dell'assenza di colpa si coglie con chiarezza anche in un altro *leading case*: quello del lavoratore precipitato dal cestello instabile alzato dalle forche di un muletto sul quale, per la fretta di terminare l'attività, egli si era fatto issare da un collega⁶⁸. Non diversamente dalla precedente fattispecie, pure in questa l'assoluzione dei garanti – inspiegabilmente condannati in primo grado – è dipesa non tanto da un «*fattore causale eccezionale ed anomalo che escludeva la efficienza eziologica delle condotte degli imputati degradate a meri irrilevanti antecedenti*», così come ha rilevato la Cassazione. A mancare è qualunque violazione cautelare addebitabile agli imputati, che avevano messo a disposizione del lavoratore un regolare carrello-elevatore, e nei confronti dei quali non è emerso alcun profilo di *culpa in elidendo* o *in vigilando*. Anche qui, dunque, l'evento infausto altro non è che la concretizzazione di una decisione della vittima, che per la fretta di terminare il lavoro aveva preferito avvalersi di un instabile catafalco, anziché attendere la disponibilità del carrello elevatore.

L'analisi esemplificativa potrebbe continuare, ma l'esito non muterebbe. Tutta questa giurisprudenza sta invero a dimostrare che l'art. 41, comma 2, c.p. non esplica alcuna reale portata selettiva nella valutazione dell'infortunio occasionato dalla negligenza della vittima. Limitandosi a duplicare il giudizio di prevedibilità/eccezionalità dell'evento, l'utilità pratica di tale norma si riduce all'esclusione della responsabilità colposa nei casi in cui questa non ci sarebbe già *ab imis*, ovvero – per meglio dire – quando essa è *impropriamente edificata dalla giurisprudenza a prescindere dalla messa fuoco della violazione di una regola cautelare*.

5. Le carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento del comportamento abnorme del lavoratore

Poco male, si potrebbe a questo punto ritenere: nel caso di grave negligenza della vittima, il garante avrebbe comunque la possibilità di provare la propria mancanza di responsabilità in virtù, per l'appunto, dell'imprevedibilità (e quindi

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 10.11.2009, n. 7267, in CED rv. 246695.

abnormità) del suddetto comportamento. Indipendentemente dal luogo dogmatico in cui effettuare tale diagnosi, il giudizio di prevedibilità/imprevedibilità consentirebbe cioè di distinguere il comportamento realmente abnorme del lavoratore da quello semplicemente negligente e in quanto tale imputabile al garante.

Senonché tale impostazione, lungi dall'offrire una soluzione efficace del problema ora in esame, finisce al contrario per rivelare tutta la propria irrisolutezza stante la totale malleabilità del parametro di cui si avvale il giudice per distinguere le due ipotesi. Tanto da potersi affermare che, sulla scorta della prevedibilità, la giurisprudenza può fare ciò che vuole, limitandosi a "rivestire" in termini giuridici una valutazione che nella migliore delle ipotesi è di giustizia sostanziale e, nella peggiore, riflette l'idea di colpa nutrita dal singolo giudice o dal collegio. Non si comprenderebbe altrimenti la ragione per cui talvolta la giurisprudenza ha considerato abnorme, perché imprevedibile, il comportamento del lavoratore contrario agli ordini impartiti⁶⁹, mentre in altri casi un'analogia trasgressione ha determinato un semplice concorso di colpa della vittima⁷⁰. Così come non si capisce per quale motivo la giurisprudenza enunci il principio astratto secondo cui sarebbe da considerarsi abnorme il comportamento autolesionistico tenuto dal lavoratore nello svolgimento di mansioni diverse da quelle affidategli⁷¹, mentre ogni volta che tale estraneità si registra ciò non sarebbe sufficiente a escludere la colpa del garante⁷². Contraddizioni evidenti che alimentano la convinzione purtroppo crescente nel mondo forense, secondo la quale in questa materia – così come in molte altre – l'esito del giudizio non risponde a un predeterminato parametro astratto idealmente dettato dal legislatore *ex art. 25 Cost.*, ma è solo il portato

⁶⁹ Cfr., per esempio, Cass. pen., sez. IV, 26.1.2006, n. 30039, in *CED* rv. 235174, secondo cui «la condotta del lavoratore che abbia contravenuto a specifiche prescrizioni impartite dal datore di lavoro in ragione di una sussistente ragione di emergenza e sia esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive organizzative ricevute, è qualificabile come causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (art. 41, comma 2, c.p.), con il conseguente esonero di responsabilità da parte del datore di lavoro per l'incidente occorso al dipendente». Analogamente, per lo meno nelle massime, Cass. pen., sez. III, 7.7.2011, n. 38209, in *CED* rv. 251294; Cass. pen., sez. IV, 10.11.1989, n. 3510, in *CED* rv. 183633.

⁷⁰ Cfr. per esempio Cass. pen., sez. IV, 14.3.2014, n. 22247, in *olympus.uniurb.it*, che ha condannato il garante per la caduta di un lavoratore da un cestello, utilizzato nella fase di smontaggio dell'impalcatura, reso pericoloso dalla mancanza dei tubolari di protezione che la stessa vittima, sebbene sconsigliata dal compagno di lavoro, aveva coscientemente rimosso, in palese contrasto con le istruzioni ricevute.

⁷¹ Così fra le molte Cass. pen., sez. IV, 23.6.2005, n. 38850, in *CED* rv. 232420; Cass. pen., sez. IV, 3.6.1999, n. 12115, in *CED* rv. 214998.

⁷² Cfr. per esempio, Cass. pen., sez. IV, 17.2.2009, n. 15009, in *CED* rv. 243208. D'altro canto, la giurisprudenza tende spesso a escludere l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. per il sol fatto che la negligenza del lavoratore si è verificata nello svolgimento di un'attività rientrante nelle proprie attribuzioni: v. fra le molte, Cass. pen., sez. IV, 15.11.2011, n. 420121, in *olympus.uniurb.it*; Cass. pen., sez. IV, 23.1.2007, n. 10121, in *CED* rv. 236109.

delle convinzioni e delle sensibilità del singolo magistrato incontrato in udienza.

In particolare, due sono i passaggi del giudizio di colpa incentrato sulla prevedibilità che qualunque giudice può agevolmente manipolare per privare di rilevanza la negligenza della vittima. Il riferimento non è tanto a all'arbitraria enucleazione di una regola cautelare trasgredita cui si assiste nell'accertamento della colpa generica. Stante l'elevato tasso di positivizzazione della sicurezza sul lavoro, al giudice penale non riesce infatti difficile reperire una qualche infrazione su cui fondare l'addebito. Piuttosto, il disinnescamento della negligenza della vittima avviene, in questo settore, intervenendo su altri due passaggi nevralgici dell'accertamento della colpa: operando cioè sulla gestione dell'*Anlass* (v. *infra* § 5.1) e sulla descrizione dell'evento (v. *infra* § 5.2).

Due esempi, nei quali la Cassazione ha finito per privare di rilevanza finanche comportamenti della vittima che la giurisprudenza del lavoro avrebbe viceversa considerato espressione di "rischio elettivo" (v. *supra* § 4.3), paiono sufficienti a descrivere queste due distorsioni.

5.1. L'oscuramento del ruolo della vittima mediante l'eliminazione dell'*Anlass*

Il primo e assai ricorrente espediente cui ricorre la giurisprudenza quando intende condannare il garante nonostante la grave negligenza della vittima è rappresentato dalla decurtazione dell'*Anlass* (lett. abbrevio) dal giudizio di colpa. Con tale termine, la dottrina si riferisce al "presupposto" della colpa: ossia al fatto che l'effettiva operatività di una regola cautelare richiede, non già la mera esistenza di un pericolo astratto, ma la concretizzazione storica della specifica situazione di rischio che ne impone l'attuazione⁷³. Cosicché – per citare un caso di scuola – l'automobilista che fa affidamento sul comportamento diligente degli altri partecipanti al traffico sarebbe tenuto a trasformare tale affidamento in sfiducia, adottando idonee contromisure, solo se in concreto egli si avvede che altri stanno compiendo un'infrazione⁷⁴, e non già in forza della possibilità astratta che ciò avvenga⁷⁵.

Peraltro, il concetto di *Anlass*, pur non emergendo *expressis verbis* in giurisprudenza, tende ad essere intuitivamente praticato dalla stessa⁷⁶. Ciò accade per-

⁷³ Cfr. per tutti FORTI, *Colpa*, cit., 208 ss.

⁷⁴ Così in modo eccellente, ma isolato, Cass. pen., sez. IV, 8.10.2009, n. 46741, in CED rv. 245663.

⁷⁵ È questo purtroppo l'orientamento prevalente: Cass. pen., sez. IV, 15.7.2010, n. 32202, in CED rv. 248354; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2015, n. 22043 [inedita].

⁷⁶ Di sperimentata efficacia didattica è l'assoluzione dell'amministratore di condominio dall'accusa di incendio colposo causata dall'errata installazione di una canna fumaria, in ragione del fatto che i giudici di merito non avevano chiarito le di «circostanze di fatto (...) rivelatrici di una situazione di allarme, avvertita come tale anche dai condomini, in presenza della quale

sino nel campo della sicurezza sul lavoro⁷⁷; ad eccezione – ecco il punto – dei casi in cui ci si trovi a dover valutare una supposta negligenza della vittima.

Si consideri a tal fine il caso del lavoratore (si trattava in realtà del titolare della ditta appaltatrice) deceduto a causa del crollo delle pareti di uno scavo profondo tre metri e privo di paratie di contenimento in cui egli era sceso per *soddisfare un'esigenza fisiologica*: un comportamento tenuto dalla vittima prima che iniziasse la fase di posizionamento dei tubi nello scavo che avrebbe reso necessario l'approntamento delle pareti protettive. Ebbene, malgrado la duplice conforme assoluzione pronunciata dai giudici di merito, per la Cassazione non è stato difficile ribaltare il giudizio di assoluzione, osservando fra l'altro che «*le norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro (...) mirano a depotenziare i fattori di rischio connessi allo svolgimento di determinate attività. Una volta che il fattore di rischio sia presente, le disposizioni normative devono essere applicate onde prevenire danni alle persone. Nel caso di specie il rischio era presente, conosciuto e segnalato nel piano di sicurezza; la circostanza che l'incidente sia avvenuto non in un momento di posa delle tubazioni non esclude la causalità delle violazioni delle norme di prevenzione, in quanto l'ambiente di lavoro era insicuro e solo il caso ha determinato lo smottamento del terreno in un dato momento piuttosto che in un altro*»⁷⁸.

Non è questo peraltro il solo passaggio critico della sentenza. La stessa trascura che non ci si trovava al cospetto di un'autentica "vittima" (v. *infra* § 6.1), bensì al *dominus* dell'attività lavorativa (il titolare della ditta appaltatrice) in quanto tale gravato dell'adozione di quella regola cautelare la cui trasgressione ne ha cagionato il decesso. A ciò si aggiunga che l'incidente è scaturito da un tipico "rischio elettivo" – frutto della decisione di introdursi nello scavo per soddisfare un'esigenza fisiologica – di fronte al quale la giurisprudenza civile avrebbe potuto addirittura negare l'indennità per l'infortunio⁷⁹. Ciò che qui più rileva è però la presenza di una "tipica" manipolazione del giudizio di colpa volta a privare di rilevanza la negligenza della vittima. A tal fine è sufficiente "anticipare" la fase di cogenza della regola cautelare contestata all'imputato (nell'occasione, l'obbligo di

[l'amministratore] avrebbe dovuto attivarsi a tutela delle parti comuni dell'edificio esposte al pericolo derivante dalla difettosa posa in opera della canna fumaria»: così Cass. pen., sez. IV, 23.9.2009, n. 39959, in *CED* rv. 245317 (massima ufficiale del tutto fuorviante).

⁷⁷ Si veda per esempio Cass. pen., sez. III, 15.5.2013, n. 39779, in *olympus.uniurb.it*, che ha ritenuto non punibile l'irregolare costruzione di un ponteggio proprio in ragione del fatto che i lavoratori erano ancora impegnati all'interno dell'edificio in attività di pavimentazione: ragione per cui – è questo l'implicito riferimento all'*Anlass* – non si era ancora concretizzato il presupposto storico per la doverosa applicazione della regola cautelare di cui la Pubblica accusa contestava la trasgressione.

⁷⁸ Corte di Cass. pen., sez. IV, 25.6.2013, n. 42501, cit.

⁷⁹ V. per esempio Cass. civ., sez. lav., 23.5.2001, n. 7052, in *CED* rv. 546930, che ha riconosciuto come "rischio elettivo" la scelta del lavoratore infortunatosi di scendere in una trincea non protetta pur consapevole del rischio.

approntare le paratie negli scavi profondi oltre 1,5 m), facendola decorre non già dall'autentica *Anlass* (vale a dire dall'avvio della fase di lavorazione che impone agli operatori di scendere nello scavo), ma ancorando la doverosità della regola cautelare all'*astratta* presenza di un luogo di lavoro.

Né appare decisivo il rilievo prospettato dalla sentenza ora in esame secondo cui da sempre la Cassazione ritiene che la sicurezza dell'ambiente di lavoro va garantita indipendentemente dall'*attualità* dell'attività lavorativa e, quindi, anche in *momenti di pausa, riposo o sospensione del lavoro*⁸⁰. Lunghi dall'essere risolutiva, tale considerazione sta all'inverso a dimostrare che la giurisprudenza ha oramai definitivamente oltrepassato la funzione – che le sarebbe propria – di “riconoscimento” della tipicità colposa, per assumere un potere autenticamente normativo, così da imporre un “dover essere” che va oltre quello desumibile dalla *ratio* delle discipline prevenzionistiche al fine di perseguire il livello di tutela politicamente desiderato.

Come che sia, non è difficile comprendere la ragione per cui la Cassazione tenda ad astrarre i presupposti operativi delle regole prevenzionistiche ogni qual volta affiora una negligenza della vittima. Diversamente, si coglierebbe il fatto che *è stata la vittima, con la sua inspiegabile condotta, a innescare l'Anlass*, attivando così il fattore di rischio che ha provocato l'auto-infortunio. Trascurarlo altro non serve che a veicolare una concezione “paternalistica” della colpa nella sicurezza sul lavoro⁸¹: una concezione tale per cui il garante sarebbe tenuto non solo a preservare il prestatore d'opera dai rischi lavorativi, ma altresì a impedire che egli vi si esponga gratuitamente, come accade nelle posizione di garanzia a tutela dei minori. Il che finisce per sottendere nulla più che una responsabilità per fatto altrui, che si manifesta, soprattutto nelle fasi di trasformazione dell'ambiente di lavoro (si pensi al montaggio di un ponteggio), allorché il garante è chiamato automaticamente a rispondere degli eventi infausti innescati dalla vittima con i comportamenti più vari, e che nondimeno la logica della prevedibilità facilmente attrae nell'orbita della responsabilità penale.

5.2. *L'oscuramento del ruolo della vittima tramite la manipolazione dell'evento*

Il secondo “accorgimento” utilizzato dalla giurisprudenza per negare rilevanza alla negligenza della vittima, persino quando essa esprime un “rischio elettivo”, è rappresentato dalla manipolazione descrittiva dell'evento.

In particolare, due sono le strade attraverso le quali il giudice può influire in questa direzione.

⁸⁰ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 10.10.2001, n. 1588, in *CED* rv. 220650; Cass. pen., sez. IV, 26.2.1992, n. 2989, in *CED* rv. 189650; Cass. pen., sez. IV, 31.5.1994, n. 8004, in *CED* rv. 199686.

⁸¹ *Amplius* MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in questa *Rivista*, 2011, 292 ss.

Ove si muova da una concezione classica della colpa come prevedibilità, tale manipolazione si ottiene espungendo dal giudizio predittivo i più “singolari” anelli della sequenza causale che l’hanno determinato (tra cui per l’appunto le sconsiderate opzioni comportamentali della vittima), sino al punto di ritenere che ciò che il garante è tenuto a prevedere non è l’evento *hic et nunc* ma il “genere” di danno che si è verificato⁸². Movendo invece da un’angolazione normativa, secondo cui l’evento deve concretizzare il rischio tipico che la regola cautelare intendeva prevenire, la manipolazione dell’evento si ottiene attribuendo alla regola trasgredita uno scopo cautelare differente da quello che le è proprio, così da potersi affermare che anche quell’evento specifico rientrava nel programma di prevenzione tracciato dalla regola violata⁸³.

Un caso nel quale la Cassazione è contemporaneamente incorsa in entrambi gli aggiramenti per negare rilevanza a un rischio elettivo della vittima può essere sufficiente a chiarire i due espedienti.

Il riferimento va alla tragica quanto singolare morte per anossia di un operaio di una ditta appaltatrice impegnata nella posa in opera di tubature in una porcilaia, il quale, dovendo soddisfare un’impellente esigenza fisiologica, invece di utilizzare il servizio igienico presente in un capannone lì vicino (alla distanza di circa 100 metri per la difesa e di quasi 300 per gli ispettori ASL), si era avventurato in un canale di raccolta di liquami, dopo avere rimosso la grata del peso di 60 kg che ne ostruiva l’accesso⁸⁴. Del fatto erano chiamati a rispondere un nugolo di garanti (committente, responsabile dei lavori, titolari dell’impresa appaltatrice, coordinatori per la sicurezza), taluni dei quali hanno avuto peraltro l’ardire – ahiloro – di rinunciare alla prescrizione in sede di legittimità. Un’insolita fiducia nelle ragioni della difesa che derivava, tanto dalla difficile prevedibilità in concreto della stravagante condotta tenuta del lavoratore deceduto, quanto dal fondato dubbio che l’evento concreto (morte per infortunio da asfissia) rientrasse tra quelli che si prefigge di prevenire la principale regola cautelare contestata agli imputati (all’epoca dei fatti, l’art. 39 d.P.R. 303/1956), che impone di mettere a disposizione dei lavoratori un servizio igienico in prossimità del luogo di lavoro.

Senonché la Cassazione, facendo puntuale applicazione dei principi di diritto enunciati dalla sentenza sulla vicenda di Porto Marghera – di cui vengono citati

⁸² In argomento per tutti PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1494; ID., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1689 s.

⁸³ In argomento, fra i molti, PETRINI, *Rischi di responsabilità oggettiva nell’accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in BARTOLI, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, Firenze, 2010, 298 ss.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19.12.2011, n. 46819, in www.penalecontemporaneo.it, con nota critica di PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*. In senso parimenti critico v. altresì CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, cit., 73 ss.

ampi stralci⁸⁵ – non ha avuto grosse difficoltà a respingere tutti i ricorsi. Circa la straordinarietà dell'evento si è agevolmente osservato che, «*ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione ex ante dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione*». Donde la conclusione che non può considerarsi imprevedibile (e quindi abnorme) il comportamento della vittima, a nulla rilevando che egli abbia preferito cimentarsi nell'apertura di una grata di 60 kg per infilarsi in un condotto, anziché percorrere le centinaia di metri che lo separavano dal servizio igienico.

Quanto invece alla concretizzazione del rischio tipico nell'evento concreto, la Cassazione dapprima si è “aperta la strada” per una pronuncia di condanna osservando che esistono regole cautelari «*aperte*», in quanto tali volte a prevenire un ampio spettro di eventi infausti, anche di natura diversa da quelli “storicamente” considerati dal legislatore al momento della previsione⁸⁶. Si è quindi concluso affermando che la regola cautelare trasgredita, imponendo l'installazione di servizi igienici nei luoghi di lavoro, non risponderebbe solo a esigenze (per l'appunto) igieniche, *ma sarebbe altresì dettata da un'istanza prevenzionistica volta a evitare che i lavoratori si esponano a pericoli in ragione della necessità di trovare un posto riservato ove espletare le proprie esigenze fisiologiche*. Di qui – ad avviso della Cassazione – la possibilità di includere anche l'evento concretamente verificatosi (morte per asfissia) tra quelli che la regola cautelare (mancata predisposizione del bagno) intendeva prevenire.

6. Premessa a una più selettiva impostazione diagnostica

Che dire? Se questo è il modello diagnostico praticato in giurisprudenza per riconoscere la responsabilità penale per l'evento occasionato dalla negligenza della vittima, tanto varrebbe ammettere senza ipocrisie che i principi di cui all'art. 25, comma 2, Cost. non operano nel reato colposo. Il tema specifico oggetto del presente lavoro altro non è infatti che la spia di un problema più generale, ingenerato da una giurisprudenza sulla colpa penale che non risponde neppure lontanamente alla suprema esigenza di predeterminabilità del fatto punibile sul quale dovrebbe reggersi il meccanismo punitivo. E ciò che più è grave è che tale risultato non scaturisce da un'incomprensione dei giudici per gli insegnamenti accademici. Anzi: mai come in questi ultimi lustri la IV sezione della Corte di cassa-

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 17.5.2006, n. 4675, in CED rv. 235660 ss.

⁸⁶ È questa, come noto, la principale “conquista” teorica della sentenza sui fatti di Porto Marghera: Cass. pen., sez. IV, 17.5.2006, n. 4675, in CED rv. 235662.

zione si è rivelata attenta conoscitrice della comune dottrina della colpa, non meno che pronta a raccogliere quanto le è stato messo a disposizione per risolvere le molte questioni sollevate dall'imputazione dell'evento involontario. Certo, non tutte le prospettazioni teoriche hanno trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità⁸⁷. Ma di sicuro essa ha mostrato di conoscere a fondo e applicare con coerenza almeno il modello classico della "colpa come prevedibilità dell'evento offensivo"⁸⁸.

Se dunque la giurisprudenza incorre nelle "stranezze" precedentemente illustrare, va riconosciuto che non sono gli interpreti, ma è lo spartito, a rivelare stonature; o meglio vuoti di partitura che finiscono per riempirsi del libero spirito dell'esecutore. Troppo comodo sarebbe quindi che i "cattivi maestri" scaricassero ora sugli interpreti le proprie responsabilità. Se da oltre un secolo si predica prevedibilità ed agente-modello, non ci si può poi dolere che il giudice si sia impadronito della tipicità colposa, che abbia spinto il dovere di cautela sino a oltrepassare la soglia del precauzionismo, che basti la violazione di una regola comportamentale purchessia per fondare la responsabilità penale, che l'evento colposo altro non sia che una condizione di punibilità, che la dimensione personalistica della colpa sia un pia illusione, e che nessuno – in buona sostanza – sappia indicare *ex ante* quali comportamenti tenere per scongiurare ogni forma di responsabilità per l'evento involontario. Ligia agli insegnamenti ricevuti, la magistratura altro non ha fatto che interpretare ideologicamente la colpa penale perché così le è stato permesso e talvolta neanche richiesto⁸⁹. Che cos'è, infatti, se non una "licenza ideologica", la figura del "rischio consentito" liberamente delimitabile dal giudice sulla scorta di un solipsistico bilanciamento d'interessi⁹⁰. E non si tratta di

⁸⁷ In particolare nessuna presa ha avuto sinora la teoria che – con l'intento di assicurare anche alla colpa penale quelle istanze di tassatività e determinatezza che governano l'incriminazione dei fatti dolosi ai sensi dall'art. 25, comma 2, Cost. – vorrebbe ancorata la tipicità colposa alle consuetudini cautelari generalmente diffuse nello specifico settore: così Corte cost., 25 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, 2957 ss., nonché in precedenza F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 415 ss.

⁸⁸ Per un'emblematica quanto paradossale applicazione giurisprudenziale di questo canone v. Cass. pen., sez. IV, 9.2.2012, n. 24993, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota viceversa adesiva di G.L. GATTA, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*.

⁸⁹ Manifesto il mandato politico conferito al giudice da MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

⁹⁰ V. nello specifico, per tutti, MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 164 ss.; CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1097 ss. L'assoluta discrezionalità del giudice nel definire l'area del rischio consentito è peraltro percepita dagli stessi interpreti toglia della colpa: cfr. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 376 ss.; BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 391 ss.;

un'idea partorita da un'eversiva fronda pretoria. È il fedele portato di un modello (incostituzionale) di colpa platealmente contrastante con il principio di legalità penale di cui all'art. 25 Cost. che la dottrina italiana ha maldestramente importato e avvalorato⁹¹: un modello che antepone esigenze retributive – non di rado piegate a istanze risarcitorie di matrice civilistica – alla salvaguardia di quei diritti di libertà che solo la fermezza e l'impermeabilità ermeneutica del precetto penale può assicurare.

Con queste premesse, illusorio sarebbe allora sperare che una migliore definizione della c.d. colpa relazionale possa derivare da una revisione interpretativa dell'art. 41, comma 2, c.p. Per quanto intelligenti siano le soluzioni proposte⁹², esse sconteranno sempre gli effetti nefasti dell'impostazione teorica di fondo seguita in giurisprudenza per accertare la responsabilità per l'evento involontario. Fintanto che la logica della colpa resterà la prevedibilità del giudice-agente-modello, non v'è infatti speranza alcuna di circoscrivere l'area della tipicità penale, sottraendola alla libera discrezione dell'interprete. E tutti i correttivi proposti al canone diagnostico di base (quali, per esempio, il rafforzamento del giudizio *ex ante* di prevedibilità, la rifinizione del parametro modello nomologico-diagnostico, le precisazioni descrittive dell'evento, le peculiarità incolpevoli dell'agente), lungi dal rivelarsi risolutivi, si riducono a meri palliativi – nulla più di alibi accademici – che il giudice è comodamente in grado di manipolare, e tradire, al cospetto delle pressanti istanze ideologico-retributive che ne guidano l'operato.

L'unica, auspicabile soluzione scaturirebbe da un radicale mutamento di prospettiva. Una rifondazione legalistica della colpa che si preoccupasse, prima di tutto, di epurare la diagnosi da quella congerie di concetti (*in primis* la “prevedibilità” e l’“agente modello”) sul quale il giudice attualmente si avventa per camuffare in modo retorico il proprio senso di giustizia. A Costituzione invariata, è infatti il legislatore, non il giudice, a dover stabilire quali siano i contorni della responsabilità penale colposa, in osservanza dei medesimi principi che dovrebbero

nonché in giurisprudenza per tutte, Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, in *www.penalecontemporaneo.it*, § 5.1, ove in chiusura di un'esposizione del concetto perfettamente coerente con gli insegnamenti accademici si conclude osservando che «l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra lecito e l'illecito finisce per essere proprio il giudice» [pag. 9 dell'originale].

⁹¹ «Alle pericolose tentazioni germaniche verso la soggettivizzazione del diritto penale o verso un diritto penale attinto da fonti extralegislative, va sempre privilegiato un diritto penale a base oggettiva. Incentrato innanzitutto sui principi di legalità, materialità e offensività»: F. MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in questa *Rivista*, 2013, 646.

⁹² V., per esempio, fra le più recenti interpretazioni del concetto di “causa da sola sufficiente”, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 275 ss.; VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità “scientifica”, in *www.penalecontemporaneo.it*, spec. 36 ss.

governare la definizione del reato doloso. È per questa ovvia ragione che la colpa penale non può farsi dipendere da un giudizio predittivo che dapprima l'agente e poi il giudice dovrebbero effettuare: perché tale diagnosi scontrerà sempre il rischio che l'analisi giudiziale sia dettata da logiche, e condizionata da elementi di giudizio, che non erano pretendibili e conoscibili dall'agente concreto⁹³. Al contrario, la predeterminazione legale della colpa non può essere in altro modo assicurata se non tramite una rigida valutazione normativa: una valutazione che, movendo dall'evento verificatosi, si limiti ad appurare quale fattore di rischio esso concretizzi, per poi riscontrare *nell'ordinamento* quale fosse il soggetto competente a gestire quel fattore di rischio e quali le modalità impostegli a tal fine (è questa la tipicità colposa), salvo poi accertare eventuali carenze di riconoscibilità della concreta situazione di pericolo e di dominabilità dello stesso che non gli possono essere imputate (è questa la colpevolezza colposa).

6.1. *La tipicità passiva nella colpa relazionale*

Senza potersi cimentare in questa sede in una così ampia ricostruzione, pare comunque doveroso indicare in chiusura del lavoro per lo meno taluni criteri che potrebbero rendere più selettivo, oltretutto maggiormente conforme ai principi di legalità e personalità, l'accertamento della responsabilità penale del garante nel caso di infortunio occasionato dalla negligenza della vittima.

Anzitutto, occorre superare l'idea che per l'individuazione della vittima nel diritto penale sia sufficiente riferirsi alla titolarità del bene giuridico offeso (v. *supra* § 2.1). Se ciò può bastare a qualificare il disvalore del fatto nei reati dolosi, per le fattispecie penali di matrice solidaristica (reati colposi ed omissivi), s'impone una coerente e più penetrante determinazione della "tipicità passiva", che rispecchi i presupposti funzionalistici per la sanzionabilità del dovere d'attenzione e d'impedimento trasgrediti dall'agente⁹⁴.

Nel presidiarli con la pena, il legislatore non si prefigge infatti di imporre agli individui un mero obbligo morale di natura vagamente filantropica. Semmai, in linea con i principi di materialità ed offensività che governano il nostro sistema, l'ordinamento intende ottenere un preciso risultato pratico, vale a dire rimediare alla condizione di vulnerabilità dei soggetti più "deboli" e di quelli "esposti" imponendo che altri si adoperino per la loro salvaguardia. In ciò sta il nobile e irri-

⁹³ Per un compiuto esame di tale incoerenza logica v. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 623 ss.

⁹⁴ Sulla necessità – oramai pacifica – che la dogmatica penale "traduca" con coerenza le premesse politico criminali v. per tutti ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (1973) Napoli, 1986, 40 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 17 ss.

nunciabile fondamento politico delle incriminazioni colpose e omissive: le quali, in uno Stato laico, determinano una limitazione della libertà d'agire in funzione di riequilibrio del maggiore rischio cui taluni cittadini sono esposti in ragione dell'età, dello stato di salute o delle più disparate condizioni di fragilità.

È dunque la “*maggior vulnerabilità non dominabile direttamente dal titolare del bene*” il perno funzionalistico di queste fattispecie di reato⁹⁵.

Una vulnerabilità che non può non trovare spazio nella ricostruzione della tipicità penale (passiva), andando a qualificare il tratto costitutivo della vittima⁹⁶. A determinarne l'esistenza, non può essere infatti una semplice qualifica astratta. L'*ubi consistam* della vittima sta e cade con una condizione concreta – la “*vulnerabilità non autodominabile*” per l'appunto – in mancanza della quale non sarebbe sanzionabile l'omesso intervento e il difetto di diligenza altrui: vuoi «*perché mancherebbe qualunque rapporto sostanziale tra violazione dell'[obbligo di agire] e accadimento concreto, sicché un'imputazione dell'evento all'omittente si spiegherebbe solo nella logica del versari in re illicita*»⁹⁷, vuoi perché l'evento concreto non rientrerebbe tra quelli che la regola cautelare intendeva prevenire *sub specie* di estraneità del soggetto offeso dal novero delle “vittime tipiche”⁹⁸.

Il ragionamento appena tratteggiato può apparire quasi eversivo. Eppure esso affiora, ancorché in modo non costante, anche in talune assoluzioni – per il vero assai rare – pronunciate nel settore degli infortuni. Significativa in tal senso è la giurisprudenza sull'ingresso abusivo nei luoghi di lavoro, giudicando il quale le motivazioni alludono talvolta a una sorta di “atipicità” della vittima, perché estranea alla sfera di prevenzione dell'obbligo cautelare o d'impedimento che è stato trasgredito⁹⁹. Non è infatti in questi casi l'evento in sé ad essere estraneo alla

⁹⁵ Cfr. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 164 ss.

⁹⁶ In tal senso v. già MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 305; ID., *La posizione di garanzia*, cit., 165 ss.

⁹⁷ GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 252 ss.

⁹⁸ Cfr. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 306.

⁹⁹ «*Le norme antinfortunistiche sono poste a tutela non di qualsivoglia persona che si trovi fisicamente presente sul luogo ove si svolge l'attività lavorativa, magari per curiosità o addirittura abusivamente, ma di coloro che versino quanto meno in una situazione analoga a quella dei lavoratori e che si siano introdotti sul luogo del lavoro per qualsiasi ragione purché a questo connessa*»: così Cass. pen., sez. IV, 5.1.1999, n. 7924, in CED rv. 214246, che ha di conseguenza assolto il garante dall'accusa di avere colposamente causato la morte di tre ragazzi, abusivamente entrati nell'ambiente lavorativo e annegati in una vasca con rampe viscide che non era stata debitamente protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo. *Contra*, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, in *olympus.uniurb.it*, che pur enunciando un principio ineccepibile (secondo cui «*in materia di prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro, beneficiario della tutela è anche il terzo estraneo all'organizzazione dei lavori, sicché dell'infortunio che sia occorso all'extraneus risponde il debitore di sicurezza, sempre che l'infortunio rientri nell'area di rischio quale definita dalla regola*

sfera di prevenzione (come dimostra il fatto che nell'esempio citato in nota le persone abusivamente entrate nel terreno erano annegate e l'annegamento costituisce proprio l'evento che la regola cautelare disattesa intendeva prevenire). Semmai sono le persone infortunatesi a non rientrare nel novero di quelle penalmente tutelate.

Beninteso: l'enucleazione di una "tipicità passiva" non sottende alcuna discriminazione, ma si prefigge semplicemente di tradurre la natura intrinsecamente relazionale di taluni obblighi cautelari, il cui adempimento non può essere assicurato se non con la collaborazione dei beneficiari. Il vero è infatti che nella sicurezza del lavoro, così come nella maggior parte dei contesti sociali, lo schema precauzionale presidiato dalla pena non è unilaterale, ma è incentrato sulla distribuzione delle misure di precauzione tra le parti¹⁰⁰. Donde la necessità di stabilire in quale delle due "aree cautelari" si ponga l'evento concretamente verificatosi: se cioè esprima quella condizione di vulnerabilità per prevenire la quale la regola disattesa era stata prevista, ovvero concretizzi una situazione di pericolo attribuibile in modo diretto ed esclusivo alla stessa persona danneggiatasi, o meglio auto-danneggiatasi per un difetto di collaborazione. Non avrebbe infatti senso che la norma penale fosse fatta operare in modo automatico anche in quest'ultimo caso¹⁰¹: il solidarismo scadrebbe altrimenti in paternalismo, finendo per sanzionare un soggetto che non ha rimediato alla stupidità (anziché alla vulnerabilità) altrui¹⁰².

Com'è intuibile, il canone della tipicità passiva, incentrato com'è su un requisito sostanziale (la vulnerabilità), rifugge da qualunque riferimento formale, operando invece in senso trasversale. E difatti, esso si presta a individuare una vittima, se concretamente vulnerabile, anche là dove difettano specifici requisiti formali; e d'altro canto, si frappa al riconoscimento di una vittima ogni qual volta

cautelare violata e che il terzo non abbia posto in essere un comportamento di volontaria esposizione a rischio»), ne ha escluso l'applicazione al caso concreto in ragione della minore età della vittima, la decisione della quale di autoesporsi al pericolo non potrebbe mai assumere, proprio in ragione della minore età, valore esimente per il garante. Il che equivale a dire che quest'ultimo è esposto al caso fortuito, essendo la sua responsabilità penale nulla più che subordinata alla condizione anagrafica della persona abusivamente entrata nel fondo.

¹⁰⁰ Cfr. per tutti CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, 9 ss., *passim*, nonché sul versante penalistico CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 321 ss., 330 ss.

¹⁰¹ «La prospettiva di gravare determinati soggetti di ulteriori obblighi cautelari al fine di prevenire l'incautela altrui non sembrerebbe nemmeno conforme all'idea di giustizia ed all'esigenza di un'equa ripartizione dei doveri, poiché si verrebbe a restringere per principio la sfera di libertà di alcuni in ragione del presumibile comportamento antiggiuridico degli altri»: PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 346.

¹⁰² Cfr. sul punto MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 275 ss., cui si rinvia anche per un chiarimento dell'equivoco che porta spesso a confondere la "stupidità" con la "vulnerabilità" personale: *ivi*, 283 ss.

a determinate qualifiche formali non corrisponda un'effettiva vulnerabilità. Per tale ragione, ben fa la giurisprudenza penale a disinteressarsi completamente dell'inquadramento giuslavoristico del prestatore d'opera infortunatosi al fine di stabilire se sussista o meno una posizione di garanzia datoriale¹⁰³. Ma d'altro canto, occorre concludere che *il lavoratore "in regola" non è per ciò solo inquadrabile tra le vittime*, non potendosi escludere che l'infortunio occorsogli sia il riflesso, anziché di un rischio professionale, della decisione personale di esporsi al pericolo. Se ne è già avveduta – in taluni casi isolati – persino la giurisprudenza penale che ha di conseguenza escluso la responsabilità del garante per l'infortunio occorso al lavoratore resosi autore di un ingresso abusivo¹⁰⁴, ovvero entrato in un'area vietata assumendo un rischio completamente slegato dalla propria condizione lavorativa¹⁰⁵.

Ma qual è il confine tra vulnerabilità soggettiva, che fonda la tipicità passiva, e la volontaria autoesposizione al pericolo, che dovrebbe invece escluderla? Quali sono i criteri diagnostici che dovrebbero guidare il giudice nello stabilire se l'evento concreto rifletta l'una o l'altra condizione? Qual è – in ultima analisi – il confine tra la colpa del garante e il difetto di collaborazione che ricade sul lavoratore?

È proprio nel tentativo di rispondere compiutamente a tali interrogativi che ci si prefigge di approntare una trattazione monografica del ruolo della vittima del reato colposo. In questa sede, può essere comunque sufficiente appuntare gli esiti

¹⁰³ Del tutto condivisibile è invero la posizione della Cassazione che respinge le non infrequenti e maldestre linee difensive che tentano di escludere la tipicità della vittima in forza di mere considerazioni formali: v. da ultimo Cass. pen., sez. IV, 13.3.2014, n. 22965, in *CED* rv. 259226 nella quale al § 5.1 si legge «non assume rilievo di sorta accertare quale fosse il ruolo effettivo della vittima (se operaio dipendente, occasionale coadiuvatore, lavoratore autonomo o se spontaneo collaboratore mosso dal vincolo parentale con il coimputato), restando relegata a mera congettura, sfornita di qualsivoglia appiglio, l'insinuazione che si trattasse dell'effettivo titolare. Quel che è certo è che la povera vittima si trovava all'interno della trincea per prepararla ad accogliere il calcestruzzo e, quindi, nello svolgimento di un'attività che, quale che fosse la fonte del rapporto, non può che assumere la valenza di collaborazione lavorativa».

¹⁰⁴ Cfr. per esempio Cass. pen., sez. IV, 25.9.2001, n. 44206, in *CED* rv. 221149, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro per le lesioni occorse a un proprio dipendente precipitato nel vano destinato ad alloggiare l'ascensore di un edificio in costruzione, considerando che l'interessato, introdottosi abusivamente nel cantiere fuori dell'orario di lavoro, aveva rimosso la rudimentale staccinata predisposta nell'attesa di un presidio più adeguato.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 10.1.2013, n. 18196, in *CED* rv. 255222, che ha assolto i garanti (uno dei quali aveva addirittura optato per una sentenza di patteggiamento, conseguentemente oggetto di revisione) dall'accusa di aver provocato la morte di un operaio annegato in una vasca a fanghi attivi situata in una zona del cantiere edile che non era oggetto di lavorazione, ove la vittima si era recata per ragioni che non è stato possibile ricostruire. Analogamente Cass. pen., sez. IV, 26.1.2006, n. 30039, in *CED* rv. 235174, che ha annullato senza rinvio una sentenza di condanna per il reato di lesioni colpose occorse al portiere di un albergo che, disattendendo un esplicito divieto del datore di lavoro – giustificato dall'esecuzione di lavori di disinfestazione – si era recato al locale del bar situato al piano attico, ove aveva rinvenuto una bottiglia, dalla quale aveva sorseggiato liquido caustico.

del ragionamento, che non può non muovere dal principio di autodeterminazione quale irrinunciabile tratto della personalità¹⁰⁶. Da questa angolazione, occorrerebbe quindi concludere che l'azione *volontaria* di una persona *libera, informata e capace d'intendere di volere*, non può mai essere fonte dell'altrui responsabilità colposa¹⁰⁷. *Imputet sibi* – a tali condizioni – il danno eventualmente verificatosi. Donde la conclusione che l'autoesposizione al pericolo del prestatore d'opera sarebbe tale da escludere la tipicità passiva, per lo meno in tre casi: quando la vittima dell'infortunio è lo stesso garante primario gravato dell'obbligo cautelare consapevolmente trasgredito¹⁰⁸; in presenza di un rischio elettivo così come elaborato dalla dottrina giuslavoristica¹⁰⁹; e infine nei casi in cui la persona infortunatosi, pur agendo nello svolgimento della propria attività lavorativa, abbia deliberatamente (*i*) contravvenuto a un divieto (*ii*) dettato da esigenze cautelari che gli erano perfettamente note (*iii*), alla condizione che il garante avesse posto il soggetto nelle condizioni di assolvere in sicurezza ai propri compiti (*iv*)¹¹⁰.

Fatta salva in tal caso l'esistenza di una residuale *culpa in vigilando*¹¹¹, in presenza di una piena informazione del lavoratore infortunatosi e della sua libertà di agire altrimenti in tutta sicurezza, v'è da ritenere che il danno che quest'ultimo si è provocato in conseguenza di una condotta volontaria sia da ricondurre alla propria esclusiva sfera di dominio, a nulla rilevando che nella dinamica del sinistro si possano rintracciare anche carenze, a questo punto inessenziali, del sistema di sicurezza. Non sarebbe infatti il rischio lavorativo ad avere determinato l'incidente; bensì l'incidentato ad essersi provocato il danno esponendosi al ri-

¹⁰⁶ Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

¹⁰⁷ Cfr., in termini generali, CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torini, 2004, 11 ss., 121 ss., 153 ss.

¹⁰⁸ Si veda il caso già analizzato *supra* al § 5.1 del titolare della ditta appaltatrice deceduto per essere sceso nello scavo non ancora armato dallo stesso al fine di assolvere un'esigenza fisiologica.

¹⁰⁹ V. *supra* § 3.3.

¹¹⁰ Così, alla stregua di tale criterio, non sarebbe stato punibile il Presidente del consiglio di amministrazione di una società edile per la morte di un esperto lavoratore (c.d. mastro) precipitato nel pozzo di un ascensore dal quale egli stesso aveva abbassato le staffe orizzontali che svolgevano funzione di appoggio e riparo al fine di afferrare un cavo elettrico allungatogli dal piano inferiore, e senza per di più indossare le cinture di sicurezza di cui pure era stato dotato. Ha optato invece in questo caso per la condanna Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, cit., che ha fondato la decisione sulla omessa adozione di adeguate impalcature o ponteggi idonei ad eliminare i pericoli di caduta: il tutto senza considerare che tale rischio era stato nel caso di specie perfettamente schermato dalle staffe di protezione e dalle cinture di trattenuta, vale a dire misure di sicurezza che erano state deliberatamente disinnescate dalla stessa persona infortunatosi pur perfettamente a conoscenza del pericolo che esse servivano a fronteggiare.

¹¹¹ Che riflette tuttavia la violazione di un sistema organizzativo di controllo del datore e non già la violazione di un obbligo materiale di sorveglianza: in argomento per tutti PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 100 ss., *passim*.

schio intrinseco nell'ambiente lavorativo¹¹². L'evento sarebbe così da considerarsi espressione del difetto di collaborazione del soggetto garantito, anziché della negligenza del garante.

6.2. Il criterio della competenza

Il criterio della tipicità passiva ingenera solo una prima scrematura dei fatti punibili. Segnatamente, esso evita che siano addossati al garante infortuni cagionati da comportamenti del lavoratore di deliberata auto-esposizione al pericolo. Altri criteri si prestano invece a circoscrivere l'area della responsabilità del garante nel caso in cui l'infortunio sia cagionato da un comportamento involontario o distratto della persona danneggiatasi.

In particolare, v'è n'è uno di agevole comprensione, che è stato oggetto di un'approfondita teorizzazione¹¹³ e gode oggi di un'autorevole copertura giurisprudenziale¹¹⁴. Il riferimento è al "criterio della competenza", in forza del quale, in presenza di una pluralità di azioni causalmente efficienti, responsabile del fatto è da considerarsi solo il soggetto nella cui sfera di responsabilità ricade il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento¹¹⁵. Donde la conclusione che, «di fronte a una condotta che cagiona un rischio che si concretizza nell'evento lesivo, occorre accertare se la gestione del rischio sia di competenza dell'autore della condotta stessa (...) ovvero della vittima, che si doveva proteggere da tali danni, ovvero di una terza persona»¹¹⁶.

In questa prospettiva, non deve allora meravigliare che la giurisprudenza pe-

¹¹² Si veda il caso del gravissimo infortunio occorso all'interno di un'officina ad un lavoratore che, per spostarsi nell'ambito della zona di lavoro era salito in velocità su un carrello elevatore aggrappandosi alla maniglia: ha escluso ogni responsabilità del datore Cass. civ., sez. lav., 13.9.2006, n. 19559, in CED rv. 593020. Un'analogia casistica emerge anche nella giurisprudenza penale di merito: si veda da ultimo Trib. Pisa, 22.4.2014, n. 776, in *olympus.uniurb.it*, che ha assolto tutti i garanti chiamati a rispondere delle ustioni provocatesi dall'operaio entrato nel vano trasformatore di un impianto eolico senza prima mettere fuori tensione quest'ultimo, compiendo così un'operazione che gli istruttori tecnici dei corsi di formazione frequentati dalla vittima hanno definito pericolosissima e insensata: «è una cosa che non si fa mai, cioè noi mettiamo il terrore anche durante i corsi, con delle immagini anche abbastanza crude (...) è una cosa che non si fa. Quindi per me non è ragionevole quell'azione, non riesco ad associarla a nessuna istruzione di lavoro, a nessuna procedura».

¹¹³ CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2005, 343 ss., *passim*; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 821 ss.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in CED rv. 254094, con nota di FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Foro it.*, 2013, II, 350. La pronuncia riassume gli esiti del percorso argomentativo più ampiamente illustrato in BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 192 ss.

¹¹⁵ V. *amplius*, anche per le esemplificazioni giurisprudenziali nel settore della sicurezza sul lavoro, MICHELETTI, *La posizione di garanzia*, cit., 173 ss.

¹¹⁶ CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 423.

nale tenda a indagare il tema della posizione di garanzia anche quando è chiamata a valutare reati *commissivi* colposi¹¹⁷. Questa tendenza non riflette una maldestra confusione tra illeciti a condotta attiva e omissiva. Essa rivela all'inverso una spontanea ancorché non costante inclinazione giurisprudenziale verso una concezione normativa della colpa: in forza della quale responsabile del fatto può essere solo il soggetto nella cui "sfera di competenza" ricade il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento, indipendentemente dal carattere attivo e omissivo della condotta realizzata. Nella logica della responsabilità, la causalità non esaurisce l'imputazione¹¹⁸; sicché più che la produzione dell'evento, ciò che rileva è la dominabilità di quest'ultimo quale specchio dell'appartenenza soggettiva.

Com'è intuibile, il ricorso al criterio della competenza nel campo infortunistico presuppone che il lavoratore sia considerato, se non garante della propria e dell'altrui incolumità¹¹⁹, per lo meno una componente *attiva* del sistema prevenzionistico e, in quanto tale, chiamato a farsi carico di una propria sfera di responsabilità rispetto a taluni rischi specifici. Certo, la "quota" di competenza del lavoratore nel campo della sicurezza, stante la carenza di poteri organizzativi, non può che avere carattere marginale e sussidiario rispetto a quella che ricade sulle figure di vertice. Ciò non significa però che anch'egli non sia titolare di una propria area di gestione del rischio. Decisivo in questo senso è il tenore dell'art. 20 d.lgs. 81/2008 che, non diversamente dal previgente art. 5 d.lgs. 626/1994, impone al lavoratore una congerie di obblighi in materia di sicurezza il cui inadempimento è già di per sé fonte di responsabilità penale *ex art.* 59 d.lgs. 81/2008¹²⁰ nonché possibile causa di licenziamento¹²¹. Sarebbe pertanto illogico ritenere che tale disvalore d'azione, già registrato dall'ordinamento, svaporasse completamente nell'ipotesi in cui esso sfoci nella causazione di un evento offensivo dello stesso soggetto responsabile.

Per questa ragione del tutto condivisibile è l'orientamento – ancora una volta –

¹¹⁷ Lo sottolinea Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in *CED* rv. 254094, cit. § 7.

¹¹⁸ Cfr. fra gli altri MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 163 ss.; DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 494 ss.

¹¹⁹ In tal senso si esprime, comunque, sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritarie: v., anche per gli ulteriori richiami, BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 89 ss.; DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in DEIDDA, GARGANI, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 78 ss.; nonché da ultimo GROTTI, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e casualità della colpa*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 10, secondo cui «il lavoratore ben formato è garante di se stesso». *Contra*, isolatamente, VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1147.

¹²⁰ Cfr. PALLADINO, *Gli illeciti dei lavoratori*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 421 ss.

¹²¹ Cass. civ., sez. lav., 26.1.1994, n. 774, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 118, con nota di BONARDI, *Rifiuto da parte del lavoratore di maschere di protezione e licenziamento disciplinare*.

della giurisprudenza civile, che non esita a circoscrivere una sfera di rischio lavorativo di competenza *esclusiva* del prestatore d'opera. Valga per tutti il riferimento all'infortunio occasionato dall'errore di esecuzione, come quello in cui è incorso l'operaio specializzato di un'impresa elettrica, folgoratosi alle mani e autocagionatosi danni da caduta, per essere salito durante un sopralluogo su un macchinario alto tre metri ed avere deciso di recidere con le forbici un cavo elettrico sotto tensione¹²². In tal caso non v'è dubbio che il datore di lavoro abbia concorso a cagionare l'evento inviando sul luogo dell'incidente il lavoratore infortunatosi ed affidandogli certe mansioni. Eppure, una volta accertato che il lavoratore era debitamente formato e che non ricorrevano fattori organizzativi che incrementassero la disattenzione (come ad es. l'imposizione di serrati tempi di lavoro), mancherebbero i presupposti per addossare la responsabilità dell'infortunio al datore di lavoro. L'epilogo infausto esprime, al contrario, un fattore di rischio – quello connesso alla fase esecutiva – che rientra quasi per antonomasia nella esclusiva sfera di competenza del lavoratore (formato e non pressato, ovviamente)¹²³.

Del resto, analoga impostazione trapela anche in talune sporadiche sentenze di merito della giurisprudenza penale: la quale, per esempio, ha assolto i garanti chiamati a rispondere – in un caso – delle lesioni prodottesi dal lavoratore tramite l'uso maldestro di una sega elettrica circolare¹²⁴ e – nell'altro – dell'infortunio cagionatosi dal lavoratore con un trapano a colonna¹²⁵. Anche in queste fattispecie, poiché i lavoratori infortunatosi erano stati debitamente formati (in entrambe le sentenze si pone l'accento sui corsi di formazione e l'esperienza delle vittime), e considerando che gli strumenti utilizzati risultavano conformi alla normativa prevenzionistica (tale aspetto viene debitamente rimarcato dai giudici), altro non v'è da ritenere se non che l'evento sfortunatamente verificatosi esprime un difetto di attenzione del prestatore d'opera e quindi un fattore di rischio rientrante nella sfera di responsabilità di quest'ultimo, anziché nell'area di competenza del datore.

Detto questo, si deve comunque osservare che la corretta applicazione del criterio della competenza presuppone il rispetto di almeno due condizioni.

Da un lato, occorre evitare che il criterio della competenza applicato alla vittima si trasformi in un'automatica deresponsabilizzazione del garante. A tal fine s'impone allora la necessità di distinguere tra negligenze del lavoratore *indotte* dalle forme di organizzazione del lavoro decise dal datore (cui spetta, per esempio, fissare i tempi e i ritmi di lavoro e fornire la strumentazione idonea) ovvero

¹²² Il caso è tratto da Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2008, n. 11599, in *www.dirittoegiustizia.it*, con nota redazionale dall'eloquente titolo: *L'assoluta imprudenza dell'operaio qualificato esonera il datore dalla responsabilità*.

¹²³ Per un'analoga conclusione GROTTI, *Obbligo di informazione*, cit., 7 s.

¹²⁴ Cfr. Trib. Terni, 7 giugno 2012, *olympus.uniurb.it*.

¹²⁵ Cfr. Trib. Nuoro, 26 aprile 2012, in *olympus.uniurb.it*.

negligenze *indipendenti* da queste ultime. Solo in quest'ultimo caso il criterio della competenza è in grado di esentare il datore da ogni responsabilità; mentre nell'ipotesi di "disattenzione indotta", il datore di lavoro rimarrà ovviamente responsabile. Così, per esemplificare, dovrà rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore caduto a terra durante le fasi d'imbiancatura di una piccola cappella funebre, il datore di lavoro che abbia fornito al prestatore d'opera solo una semplice scala a pioli per assolvere all'incarico¹²⁶. Vero è che, nella fattispecie, il lavoratore era caduto in seguito all'assunzione di una rischiosa postura, che all'apparenza parrebbe configurare un fattore di rischio rientrante nella sua esclusiva sfera di competenza. È altresì vero però che la scala fornitagli – al posto del più oneroso, ma doveroso trabatello – non gli consentiva di imbiancare il centro del soffitto, se non assumendo quella posizione che ha poi ingenerato la caduta¹²⁷. Di qui la responsabilità del garante che non potrà ovviamente invocare, a sua discolpa, il dovere di attenzione del lavoratore.

D'altro lato, occorre evitare di eclissare la specifica e personale area di competenza del lavoratore tramite un onnicomprensivo dovere di controllo dei garanti sovraordinati: quasi che, ogni qual volta si riscontri un infortunio occasionato da un fattore di rischio riconducibile alla sfera di competenza della stessa persona danneggiata (che per esempio non ha utilizzato i DPI come gli impone l'art. 20, lett. d), d.lgs. 81/2008), ricorra automaticamente anche un'altrui *culpa in vigilando*. Un siffatto automatismo altro non sottende se non una forma di responsabilità oggettiva, per evitare la quale s'impone un'interpretazione stringente del dovere di controllo, ispirata ai principi di legalità e personalità della responsabilità penale¹²⁸. Di qui la conclusione che, di fronte a un infortunio occasionato da un fattore di rischio rientrante nella sfera di competenza dello stesso soggetto danneggiato, l'altrui *culpa in vigilando* è riscontrabile solo fornendo la prova che il garante era a conoscenza della negligenza autocautelare del lavoratore ovvero era consapevole della sua sciattezza prevenzionistica in virtù di taluni segnali d'allarme. È quindi l'effettiva consapevolezza dell'*Anlass* ad assicurare che il dovere di controllo non si trasformi in una responsabilità oggettiva occulta.

6.3. L'imprudenza della vittima quale fattore di atipicità dell'evento

La concezione normativa della colpa induce a mettere a fuoco anche

¹²⁶ Così, in modo sacrosanto, Cass. pen., sez. IV, 25.2.2014, n. 29266, in *www.dirittoegiustizia.it*, con nota redazionale dal titolo *Responsabile il datore di lavoro per l'infortunio occorso a lavoratore di-stratto o maldestro*.

¹²⁷ «Non si vede infatti – osserva la Corte di cassazione – come il lavoratore avrebbe potuto imbiancare il centro del tetto, appoggiando, a turno ai quattro angoli del locale la scala aperta a 180 gradi»: Cass. pen., sez. IV, 25.2.2014, n. 29266, cit., § 6.

¹²⁸ V. nuovamente PIVA, *La responsabilità*, cit., 100 ss.

un'ulteriore criterio diagnostico di carattere vittimodogmatico.

Da questa angolazione, non è solo la condotta che deve corrispondere a determinati modelli cautelari individuati dall'ordinamento. Anche l'evento diviene oggetto di una valutazione di "tipicità" che va oltre la semplice corrispondenza *naturalistica* con il risultato descritto dalla disposizione incriminatrice. Invero, per essere considerato tipico, l'epilogo infausto deve tradurre quello stesso fattore di rischio normativamente considerato dalla regola cautelare della quale si contesta la violazione¹²⁹. E poiché quest'ultima ha carattere modale¹³⁰, ne viene che *tipico può essere solo l'evento espressivo della dinamica causale che l'adozione della regola cautelare trasgredita si prefiggeva di prevenire*. Così – per esemplificare – non potrebbe ritenersi tipico il raffreddore cagionato alla fidanzata illecitamente trasportata senza casco su un ciclomotore per un lungo tragitto. Tutte le regole cautelari trasgredite nel caso di specie sono volte infatti a prevenire, bensì danni al passeggero, ma conseguenti a traumi *da caduta* e non *da sventolamento*¹³¹.

Tanto chiarito, non pare difficile intuire la ragione per cui il criterio della tipicità dell'evento favorisca il discernimento del ruolo giocato dalla vittima nel reato colposo. Movendo da questa angolazione, ben ci si avvede infatti come, non di rado, sia proprio il comportamento tenuto da quest'ultima a scalfire la tipicità dell'evento innescando dinamiche eziologiche diverse da quelle che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire¹³². *È come se – per intendersi – fosse la vittima a portar fuori l'evento concreto dal raggio preventivo della regola cautelare*. Si pensi, per esempio, al decesso per intossicazione da monossido di carbonio del lavoratore impegnato in attività all'aperto che, durante la pausa pranzo, si sia rifugiato nel furgone dove aveva in precedenza collocato un bidone contenente della brace¹³³. Vero è che l'evento infausto è stato occasionato dalla violazione dell'allora vigente art. 43 d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (oggi replicato dall'all. IV d.lgs.

¹²⁹ In argomento v. fra i molti FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 ss.; ID., *Colpa*, cit., 418 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 415 ss.; FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 719 ss.; MASSARO, *«Concretizzazione del rischio» e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 564 ss.

¹³⁰ In dottrina fondamentalmente GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss.; 415 ss. In giurisprudenza Cass. pen., sez. un., 22.1.2009, n. 22676, spec. § 6.3, con nota di CARMONA, *La «colpa in concreto» nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4564 ss.

¹³¹ *Amplius* FORTI, *Colpa*, cit., 423 ss.; FORNARI, *Descrizione dell'evento*, cit., 725 ss.

¹³² Cfr. già in questo senso MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca «sul campo»*, in questa *Rivista*, 2008, 213 s.; ID., *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 303 ss.

¹³³ Il caso è stato tratto Cass. pen., sez. IV, 26.4.1982, n. 10903, in CED rv. 156157, che – diversamente dal testo – ha optato per una sentenza di condanna incentrata *more solito* sull'art. 41, comma 2, c.p.

81/2008), che impone di mettere a disposizione dei lavoratori impegnati in attività all'aperto un locale ove possano trovare riparo durante le intemperie, nelle ore di riposo e dei pasti. È altrettanto vero però che questa norma in materia d'igiene sul lavoro si prefigge di prevenire l'insorgenza di malattie cagionate dalla esposizione alle intemperie e al freddo, non certo gli eventi traumatici come il decesso per asfissia. La dinamica realizzativa dell'infortunio nulla ha quindi in comune con quelle che la regola cautelare (in materia di igiene, giova ribadire) si prefiggeva di prevenire. Talché ben si può dire che l'evento concreto, ancorché corrisponda naturalisticamente a quello descritto dalla disposizione incriminatrice, è in tal caso atipico.

Ma quand'è che il comportamento tenuto dalla vittima può ritenersi deviante rispetto al modello prevenzionistico presupposto dalla regola cautelare, così da ingenerare un'atipicità dell'evento?

Nel tentativo di rispondere alla domanda, occorre tornare a soffermarsi sulla natura modale delle regole cautelari, che le rende strumenti di prevenzione non già dell'evento in sé, ma di determinate dinamiche di verifica di quest'ultimo. *In esse sta dunque inscritta una precisa sequenza causale specificamente oggetto di prevenzione*. Una sequenza composta da anelli, ovvero "eventi intermedi"¹³⁴, che nel campo della sicurezza del lavoro *ben possono corrispondere a condotte rischiose della vittima della più varia natura, che le regole cautelari si prefiggono per l'appunto di evitare al fine di scongiurare il potenziale susseguente infortunio*. Se così è, non pare forzato concludere che, in caso di infortunio concausato dalla negligenza della vittima, l'evento sarà da considerarsi tipico se la regola cautelare di cui si contesta la trasgressione era volta a prevenire, *quale evento intermedio*, il genere di negligenza della vittima che ha occasionato il danno personale. Di contro, nel caso di violazione di una norma cautelare che non è volta a prevenire l'incuria della vittima, ovvero che non annovera tra i propri eventi intermedi quella specifica imprudenza autolesionistica, la verifica di quest'ultima condotta determinerà l'atipicità dell'evento.

Exempla docent.

Quale ipotesi di negligenza del lavoratore che non è in grado di scalfire la tipicità dell'evento, si consideri il caso del netturbino che ha riportato l'amputazione parziale di un dito perché, operando quale addetto dell'automezzo per lo svuotamento dei bidoni, con la mano sinistra aveva azionato il meccanismo di sollevamento mentre con la destra cercava di evitare la caduta di alcuni sacchetti, così venendo a contratto con gli organi in movimento¹³⁵. Ebbene: non v'è dubbio – come rileva la decisione – che l'evento sia stato determinato da una grave distra-

¹³⁴ Sulla centralità dell'evento intermedio nella ricostruzione della funzione preventiva della regola cautelare violata rispetto al quale misurare il nesso di rischio v. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 388 ss.

¹³⁵ Il caso è tratto da Cass. pen., sez. IV, 26.6.2013, n. 41380, in *www.dirittoegustizia.it*.

zione del lavoratore dettata da un eccesso di sicurezza. Nondimeno quest'ultimo comportamento altro non rappresenta se non un esempio di quegli eventi intermedi che si prefigge di prevenire la regola cautelare (trasgredita nel caso di specie) che impone di tenere distanti le zone di comando da quelle degli ingranaggi (v. combinato disposto tra gli artt. 70, comma 2, d.lgs. e all. V), onde evitare che l'operatore possa ferirsi inavvertitamente per le più disparate ragioni: assuefazione al lavoro, distrazione, imprudenza, eccetera. Vero ciò, non vi sono ragioni per disconoscere in tal caso la tipicità dell'evento, giacché – giova ribadire – la negligenza della vittima che l'ha determinato costituiva esattamente uno degli eventi intermedi che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di prevenire.

Molto più istruttivi sono però i casi nei quali l'evento è da considerarsi atipico in forza della condotta rischiosa o distratta della vittima. Giova quindi considerare almeno un paio.

Il primo riguarda la vicenda dell'infortunio occorso ad un lavoratore incaricato da un collega di recarsi in una "zona a rischio grave e specifico" per recuperare un martinetto: un'operazione, quest'ultima, estremamente semplice e pressoché priva di rischiosità che la persona eseguì però in modo così maldestro da ferirsi alla gamba¹³⁶. Ebbene, non v'è dubbio che l'incidente sia stato occasionato dalla violazione dell'(attuale) art. 18, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008, che impone di «prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico»¹³⁷. Al contempo, però, non pare seriamente contestabile che tale regola è volta a prevenire solo gli incidenti occasionati dall'inesperienza del lavoratore nell'affrontare e gestire rischi specifici particolarmente gravi. Di qui, allora, la possibilità di concludere che nella fattispecie concreta l'evento è da ritenersi atipico, in tanto in quanto – come osservò il perito d'ufficio – il martinetto costituisce un'apparecchiatura presente in tutte le aree dell'impresa e, per di più, estremamente semplice da utilizzare: con la conseguenza che la negligenza in cui è incorso il lavoratore infortunatosi nella fase della sua rimozione non può considerarsi uno degli eventi intermedi che intendeva prevenire la regola cautelare contestata agli imputati. Si spiega così l'inecepibile annullamento senza rinvio operata dalla Cassazione, la quale nell'occasione già osservava come «in presenza dell'oggettiva violazione di una regola cautelare, oc-

¹³⁶ Il caso è tratto da Cass. pen., sez. IV, 22.5.2008, n. 25648, in CED rv. 240859, che al di là della massima ufficiale – talmente errata da apparire fuorviante del pensiero dell'estensore (Renato Bricchetti) e persino della oggettiva realtà dei fatti – rappresenta una delle più illuminate pronunce penali in materia di negligenza del lavoratore.

¹³⁷ *Amplius*, sull'area di rilevanza penale conseguente alla violazione di tale obbligo, MICHELETTI, *I reati concernenti la gestione del rischio lavorativo ordinario*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 247 ss.

corre (...) domandarsi se l'evento che ne è derivato rappresenti o meno la concretizzazione del rischio che la regola stessa mirava a prevenire: l'inosservanza delle norme cautelari, infatti, può dare luogo ad una responsabilità colposa non in maniera indistinta, per tutti gli eventi cagionati, ma soltanto per quelli che appartengono ad una certa tipologia, che le norme stesse mirano ad evitare».

Analogo ragionamento si può prospettare in relazione a un caso della giurisprudenza più risalente ripreso di recente dalla Cassazione per argomentare – seppure in un contesto diverso da quello degli infortuni sul lavoro – l'annullamento senza rinvio di una duplice conforme sentenza di condanna¹³⁸. In quest'ultimo caso, tratto a giudizio era il proprietario di un terreno di montagna che non aveva segnalato né tanto meno recintato un crepaccio (c.d. "ingiottitoio") in cui era caduta una guida turistica che conducendo una motoslitte aveva cercato di saltarlo. Per contro, nel più risalente caso in materia infortunistica, tratto a giudizio era il proprietario di un albergo che non aveva dotato di idonei parapetti della vasche termali nelle quali era deceduto un dipendente di un albergo attiguo che, conoscendo benissimo la zona, la sera al termine del lavoro aveva attraversato *more solito* l'area termale delimitata da segnali di pericolo e, mettendo il piede in fallo, era caduto in una delle vasche alla temperatura di 80°. Ebbene, entrambe le pronunce sono qui di particolare interesse non certo per il ragionamento giuridico prospettato – come sempre incentrato sul solito art. 41, comma 2, c.p. – quanto per le caratteristiche delle fattispecie concrete esaminate. In ambo i casi, infatti, l'evento è da ritenersi atipico in quanto *entrambe le persone offese conoscevano perfettamente il fattore di rischio* di cui sono rimaste vittime, mentre le regole cautelari di cui era contestata la trasgressione erano volte a segnalare l'esistenza del pericolo e preservare i terzi ignari da *inconsapevoli esposizioni*. Da qui la conclusione che la deliberata autoesposizione al pericolo delle vittime non rientra tra i sottoeventi che le regole cautelari intendevano prevenire così da imporre la conseguente assoluzione dei garanti che pure risultavano negligenzi rispetto ad un'altra tipologia di eventi.

Tanto chiarito – seppure in modo sintetico – un'osservazione conclusiva s'impone.

Il criterio diagnostico ora evocato nulla può (come del resto ogni criterio) contro l'*arbitrio iudicis*. Essendo questi chiamato a verificare se l'evento traduca o meno il fattore di rischio insito nella regola della quale si contesta la trasgressione, ben si comprende come tutto dipenda dal modo in cui l'interprete individua la *ratio* modale della regola cautelare trasgredita. Se nel farlo ci si avvale, come sarebbe doveroso, delle costanti nomologico-esperienziali che hanno ingenerato l'adozione della regola cautelare¹³⁹, allora il giudice troverà al di fuori di sé il pa-

¹³⁸ Il riferimento è a Cass. pen., sez. IV, 2.7.2014, n. 36920, in *www.dirittoegiustizia.it*.

¹³⁹ Cfr., per tutti, FORTI, *colpa ed evento*, cit., 508 ss.

rametro alla luce del quale valutare la tipicità dell'evento: con la conseguenza che egli saprà riconoscere anche ipotesi di atipicità. Qualora ci si avvalga invece della logica predittiva per interpretare la *ratio* della regola cautelare, allora sarà agevole per il giudice argomentare la tipicità di qualunque risultato¹⁴⁰: sino al punto di considerare tipico – per tornare all'esempio di apertura di questo paragrafo – anche la morte per asfissia da monossido di carbonio del lavoratore sguarnito di un locale di riparo che si sia trascinato nel furgoncino un bidone contenente della brace. Non vi sarebbe del resto da meravigliarsi. È quanto già si è verificato nella vicenda dell'operaio deceduto per asfissia *a causa* della mancanza di un bagno (v. *supra* § 5.2): un caso risolvendo il quale la Corte di cassazione, sulla scorta del criterio della prevedibilità, ha avuto l'ardire di considerare tipica la morte *per infortunio* rispetto alla violazione della regola cautelare in materia di *igiene*: il tutto sulla base dell'asserto secondo cui la regola cautelare che impone l'obbligo dei servizi igienici nei cantieri avrebbe anche lo scopo di evitare che i lavoratori si esponessero a rischi nell'urgente ricerca di un posto in cui espletare le proprie esigenze fisiologiche.

È, in fondo, la solita alternativa: prevedibilità *versus* normatività della colpa penale.

¹⁴⁰ Cfr. FORNARI, *Descrizione dell'evento*, cit., 729 s. In argomento da ultimo PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1371 ss.