

LA VIOLENZA COME INFORTUNIO: SPECIFICARE LA COLPA E RAGIONARE PER PRINCIPI

di Federico Donelli

(Dottore di ricerca in diritto penale Università degli studi di Teramo)

Sommario: 1. Un'assenza nel TuSL – 2. La colpa veramente specifica e l'argomentazione per principi: costruzione e decostruzione del tipo. – 3. (Seggiolini e) decostruzione della colpa specifica. – 4. L'art. 2087 Cc come principio. – 5. L'art. 2087 Cc come regola: il caso della "violenza come infortunio". – 6. Ambiguità della "prevedibilità" e docilità della colpa (il concorso colposo in delitto doloso) – 7. Un antidoto all'argomentazione per principi.

1. Si è di recente posto un caso che fa emergere una problematica quasi del tutto inesplorata nel diritto penale del lavoro, ovvero l'inquadramento penalistico della responsabilità del datore di lavoro per fatti di violenza ai danni del lavoratore¹.

Si intuisce da subito un problema che non ha, in sé, nulla a che vedere con la categoria della colpa, ovvero la definizione della nozione di "violenza", che nel contesto lavorativo pare suscettibile di estendersi dalle molestie sessuali in ufficio fino al caso, il nostro, in cui l'attività lavorativa venga prestata in un paese a rischio terrorismo²: ecco la straordinaria estensione della possibile "lacuna" sulla quale stiamo per affacciarsi.

In breve, la vicenda: due lavoratori italiani muoiono, all'estero, perché mentre si recano al cantiere vengono rapiti da una banda locale, che si scontra successivamente con un gruppo rivale in una sparatoria, durante la quale i due lavoratori perdono la vita; per questi fatti vengono condannati (per

¹ Secondo R. Guariniello, *La violenza come rischio sul lavoro*, in *ISL* 2018, 3 la violenza può essere ritenuta *infortunio*, ma anche *malattia professionale* (per eventuali disturbi di ordine psichico ad essa conseguenti). Per un inquadramento della problematica, con i necessari riferimenti bibliografici, nella dottrina giuslavoristica, L. Angelini – C. Lazzari, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *DSL* 2019, 73 ss., 83, nota 25.

² Senza poi considerare l'intrinseca problematicità del termine, che lo rende un perfetto "banco di prova" per le diverse concezioni del divieto di analogia, un buon esempio è la contrapposizione rappresentata in M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino 2011, 91 ss. fra la posizione dell'A. e quella di F. Viganò (in *La tutela penale della libertà individuale. Vol. 1: L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, *passim*); v. le fonti normative sovranazionali riprese da R. Guariniello, *op. ult. cit.*, 1, in tema di molestie, *mobbing* e violenza sul luogo di lavoro.

omicidio colposo) i vertici dell'azienda italiana che li ha inviati al cantiere estero³.

Forse l'unico elemento che veramente unifica la categoria del "rischio violenza" nel diritto penale del lavoro è proprio il fatto che non esistono disposizioni specifiche che obblighino espressamente il datore di lavoro a farsi carico di (e che, soprattutto, lo aiutino a gestire) questa categoria di rischio a tutela del lavoratore⁴.

Se infatti in questa materia, notoriamente, il problema è spesso governare le moltissime disposizioni che la affollano, preservando un giudizio di responsabilità che si fondi sulla vera colpa specifica, qui si pone il problema opposto: si muove da una mancanza.

Si impone ancora una volta il tema dei rapporti fra colpa specifica e colpa generica e con esso, ovviamente, l'ambiguo ruolo dell'art. 2087 Cc⁵.

È difficile, impossibile in questo lavoro, stabilire se la precarietà della distinzione fra colpa generica e colpa specifica dipenda dalla voracità della prima o dalla fragilità della seconda: esistono però, come noto, argomenti a sostegno dell'esistenza di entrambi i fenomeni⁶. Quello che ci si propone di fare in questa sede è concentrarsi sul secondo e, più in particolare, focalizzare l'attenzione su di un fattore che pare corrodere alle fondamenta la stabilità del giudizio fondato sulla colpa specifica e che si manifesta in sede di argomentazione.

³ G.u.p. Roma 22.1.2019, n. 125, inedita, l'unica condanna penale che ci risulta su questo tema.

⁴ Constatata questa assenza anche R. Guariniello, *op. ult. cit.*, 10, sul punto ritorneremo.

⁵ È fin troppo nota, la dottrina è unanime, la critica al ricorso in giurisprudenza all'art. 2087 Cc come disposizione di colpa specifica, stante l'evidente difetto di specificazioni modali nel testo, che renderebbe la disposizione, a seconda dei vari accenti in letteratura, idonea a fondare un addebito di colpa generica o al più la sola posizione di garanzia del datore di lavoro: riferiscono l'art. 2087 Cc al concetto di posizione di garanzia C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *RTrimDPenEc* 1988, 128; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 427; G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino 2013, 38; lo riconducono, in senso più ampio, alla dimensione della colpa generica C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED, Annali X*, 2017, 231; Id., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, *Crim* 2014, 400; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale-Parte generale*⁷, Bologna 2014, 577; A. A. Sammarco, *L'art. 2087 c.c. quale fonte di responsabilità penale*, *GP* 1987, 438, critico sulla sua invocazione quale *vulnus* del principio di determinatezza; v. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 76 ss., 399 sul "cumulo" delle due forme di colpa.

⁶ Autorevolmente, di recente: «della colpa generica [...] non [è] impresa facile sbarazzarsi» G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in www.la legislazione penale.eu, 5.2.2020, 2, sottolineando, fra le altre ragioni, che le regole positive "elastiche" sottendono "apprezzamenti non dissimili da quelli utilizzati nel settore della colpa generica".

Il terreno sul quale condurremo questa analisi sarà principalmente quello della sicurezza sul lavoro, ove constateremo, in particolare, l'irrinunciabilità di un collegamento normativo fra la posizione di garanzia del datore di lavoro e il tipo di rischio "violenza di terzi" che, in astratto, appare spesso ontologicamente distante dal rischio emergente dallo svolgimento delle singole mansioni.

Analizzando come la giurisprudenza sul tema – soprattutto quella civilistica – risolve questo problema, passeremo poi a vedere come alcune voci pretendano di trovare la soluzione (anche nella prospettiva del diritto penale) in uno strumento che già da tempo si utilizza per forzare la categoria della colpa specifica, ovvero l'argomentazione per principi.

2. Il diritto penale del lavoro è una materia che non esiteremmo ad accostare alla categoria della colpa specifica, presentando un alto tasso di normazione di dettaglio e risultando di conseguenza (apparentemente) meno permeabile di altri settori al ragionamento proprio della colpa generica⁷.

La maggiore o minore permeabilità di una materia al giudizio di colpa generica è una variabile del più ampio fenomeno della "frammentazione" della colpa (che poi coinvolge molti altri aspetti, *in primis* quello sanzionatorio).

L'aspetto che qui interessa è che sarebbe lecito attendersi che di tale tendenziale "preferenza" resti traccia nelle decisioni in questa materia⁸.

Occorre infatti ricordare che, su un terreno improntato alla tradizionale preservazione dell'unità concettuale fra le due forme di colpa, è

⁷ «Sono preoccupato per le critiche rivolte al criterio della colpa generica per l'accertamento della colpa che, se ho ben capito, andrebbe limitata ai casi di violazione di leggi ecc. (cioè alla sola colpa specifica). Non tanto per le conseguenze che si avrebbero in tema di infortuni sul lavoro e circolazione stradale; materie nelle quali i testi normativi sono sufficientemente esaustivi e contengono norme di chiusura che consentono di riempire eventuali lacune (artt. 10 e 141 del codice della strada; art. 2087 c.c.)»; così C. Brusco, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 338.

⁸ Le parole della colpa generica cambiano, ovviamente, a seconda dell'impostazione di volta in volta seguita (nel comune tentativo di sostenere la preesistenza della norma incriminatrice alla condotta anche in assenza di una disposizione scritta); non potendo ricostruire qui la contrapposizione fra il modello "deontologico" – fondato sull'agente modello, la prevedibilità, l'evitabilità – e il modello cd. "prasseologico", fondato sugli usi cautelari (di cui principale sostenitore è F. Giunta, v. ad es. *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare. A proposito di recenti fatti di cronaca*, in *DPP*, 1999, 1296), rinviamo (oltre alla dottrina indicata *infra*, alla nota 62) a D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1267 ss. per una chiara ricostruzione del dibattito, oltre a una critica del modello "prasseologico"; di recente, per una interessante valorizzazione della "*phronensis*" nella definizione della cautela imponibile al singolo v. D. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Trento 2020, 411, nel contesto di una riflessione improntata alla valorizzazione dell'affidamento e diretta alla concretizzazione della misura cautelare in un giudizio incentrato sulla colpa grave.

progressivamente maturata la consapevolezza – filtrata dall’osservazione della prassi – della necessità di una distinzione fra colpa generica e colpa specifica, anche e soprattutto in prospettiva processuale, come *fatti diversi*⁹.

Si dovrebbe dunque approdare – secondo questa prospettiva – a uno scenario in cui i rapporti fra il giudizio di colpa specifica e quello di colpa generica siano impostati in termini di autentica alternatività e non di sinergia o di supplenza: a ben vedere non pare trattarsi mai di un fenomeno di “collaborazione normativa”, visto che quando la regola scritta viene superata, quella che viene veramente applicata è un’altra, diversa, in quanto ancora più *specifica*, ritagliata sulla condotta concreta¹⁰.

Se si travolge con l’auto un bambino, guidando al di sotto del limite di velocità dei 50 km/h, appare arduo considerare la regola “superata” (limite dei 50 km/h) come un “aiuto alla prevedibilità”, ovvero un indizio che l’ordinamento fornirebbe al consociato per individuare la regola *veramente* applicabile (riduzione della velocità per attraversamento di bambini), posto che l’effetto primario della regola sopraggiunta (elaborata su criteri indipendenti, quali solitamente la prevedibilità) è proprio quello di *dimostrare* l’inefficacia della regola superata. Quest’ultima, a ben vedere, non è servita a nulla: si è trattato solo di un’ipotesi di qualificazione normativa che, alla prova dei fatti, ha dimostrato la sua irrilevanza.

L’omogeneità fra i due modi di decidere, dunque, più che essere un dato di partenza, appare più come un obiettivo, peraltro di difficilissimo

⁹ Cfr. E. Musco, *La contestazione dei reati colposi*, in *RIDPP* 1971, 330 ss.; cfr. Cass. 23.10.1997, Geremia, in *CP* 1998, 3381; Cass. 11.7.2001, Barnes, in *CP* 2002, 3834, con nota critica di D. Castronuovo, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d’imputazione e concezioni teoriche della colpa* (la contestazione della colpa è notoriamente un *topos* della produzione di quest’ultimo illustre A., il tema riemerge in molti altri scritti che citeremo più oltre ad altri fini).

¹⁰ La funzione supplente della colpa generica degraderebbe le regole positive a “*schemi fondamentali*” sulla cui “*non immutabile falsariga*” valutare la conformità del comportamento dell’agente, salvo che “*le circostanze del caso concreto esig[a]no che si realizzi un comportamento ulteriore e diverso da quello che è prescritto da quelle disposizioni particolari*”, rendendo così obbligatorio questo “di più”; in corsivo G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 170, 198; secondo l’illustre A., poi, la possibilità della colpa generica di integrare la colpa specifica conoscerebbe un’eccezione “*allorché il loro contenuto [delle regole scritte] si risolve nell’esonero dall’adozione di una cautela atta a prevenire il verificarsi di eventi lesivi*”, solo qui vi sarebbe una “*insindacabilità del criterio che ha presieduto alla formulazione*” (*ibidem*, 203): non risulta chiarissima l’individuazione di siffatte regole “di esonero” e, ammesso che esse siano rinvenibili nel nostro ordinamento, non è agevole inquadrare la rilevanza del fenomeno; secondo G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 312 ss., che riprende un’idea di M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Vienna 1975, 45, stante l’omogeneità strutturale fra colpa generica e colpa specifica, le regole scritte sarebbero *Hilfsmittel* per l’accertamento della diligenza.

ottenimento, considerato che diversi sono sia il soggetto che crea la regola (legislatore in un caso, giudice nell'altro), il contesto nel quale essa viene creata (in una disposizione o in una sentenza) e, soprattutto, il momento di creazione della medesima rispetto al fatto¹¹.

Come si diceva, la diversità fra le due forme di ragionamento dovrebbe lasciare traccia nelle sentenze, e ancor prima nella formulazione dei capi di imputazione.

Il tratto distintivo della colpa specifica dovrebbe essere la circostanza che la regola scritta, preesistente al giudizio, permetta di individuare il sotto-evento (che essa si prefiggeva di evitare imponendo una certa cautela e) del quale si dovrà, poi, accertare il nesso teleologico con l'evento concreto che si vuole imputare all'agente¹².

La colpa specifica preserva dunque la propria identità solo laddove il giudizio operi in base al meccanismo della concretizzazione del rischio¹³.

¹¹ Il nostro periodo impiega metafore (il legislatore) e ipersemplicizzazioni (la disposizione che "crea" la regola cautelare; il giudice che crea solo in alcuni casi, mentre forse si dovrebbe dire che crea sempre), lasciamo allora chiarire il concetto a O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 387: la disposizione è allora di colpa specifica solo se *permette di assumere che il giudizio sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento tramite la condotta specificamente ordinata dalla regola cautelare sia stato già effettuato da chi ha posto la regola*, la violazione della regola esaurisce la cautela doverosa e non servono accertamenti di prevedibilità ed evitabilità perché qui tale funzione è soddisfatta dalla *concretizzazione del rischio*, che traccia i limiti esterni della rilevanza penale e della tipicità dell'illecito colposo in una prospettiva che – non implicando alcun giudizio sulla *possibilità* – si svolge interamente *ex post* e richiede una mera corrispondenza tra scopo cautelare ed evento provocato; si veda anche O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.5.2019, in part. 14.

¹² Cfr. C. Piergallini, *Colpa*, cit., 227 e 241; Id., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *RIDPP* 1997, 1486; Id., *Colpa e attività produttive*, cit., 391, l'A. riporta l'esempio del fermarsi al semaforo rosso come regola di condotta che predetermina nettamente i soli sotto-eventi della collisione e dell'investimento, antecedenti causali della morte del pedone o dell'altro automobilista. Fondamentale su questi concetti G. Forti, *op. cit.*, 327, 503; v. anche M. Ronco. *La colpa in particolare*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, diretto da M. Ronco, Bologna 2007, 538 e 563, parla di "una sorta di vincolo causale" fra violazione della regola di diligenza ed evento concreto; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 356, parla di *dipendenza causale*.

¹³ Tale criterio, come noto, non gode di favori unanimi in dottrina; si tratta, però, di riserve che in gran parte derivano dalla constatazione che esso non pare idoneo ad applicarsi indiscriminatamente a tutte le disposizioni cautelari scritte; cfr., per tutti, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 260; sottolinea "il carattere sfuggente dello scopo da perseguire: la «riduzione al minimo» di un dato rischio" D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *DigDPen*, (Agg.; t. I), 2000, 397; sul tema anche G. Forti, *op. cit.*, 418, 439; 445-446; G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *RIDPP* 2012, 11 s.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010 Milano, 564; A. Massaro, "Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *CP* 2009, 4699 ss.

Ovviamente il vantaggio di poter disporre di una tale predeterminazione legislativa si apprezza anche sul versante comunicativo, nella misura in cui la disposizione che predetermina l'accertamento causale manda al contempo un messaggio preventivo al consociato: l'obbligo di implementare una certa cautela serve a prevenire uno specifico evento dannoso¹⁴.

È noto, però, che nella prassi spesso si definisce “colpa specifica” una forma di giudizio molto meno rigidamente predeterminata di quella appena tratteggiata.

Da un primo punto di vista, si osserva una netta contrapposizione fra dottrina e giurisprudenza sul grado di determinatezza delle disposizioni-fonte: per la seconda il giudizio resta “di colpa specifica” anche quando fondato su disposizioni che la dottrina non ritiene sufficientemente determinate (primo fra tutti, ai fini che qui interessano, l'art. 2087 Cc).

Qui, in estrema sintesi, la giurisprudenza *costruirebbe* troppo, muovendo da disposizioni generiche, che paiono onnivore ed assolutamente inidonee a

¹⁴ Detto in altro modo, se le norme servono per fare delle cose e sono al contempo ragioni per agire (Cfr. F. Schauer, *Le regole del gioco*, Bologna 2000, 195, nota 14; C. Luzzati, *Del giurista interprete*, Torino 2016, 240; D. Canale, *Conflitti pratici*, Roma-Bari 2017, 14), è giusto assumere che anche il consociato se ne serva e che, di conseguenza, le regole cautelari possano essere utilizzate come veri e propri “strumenti per prevenire”; cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 262; v. anche G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 4 (anche per citazioni dottrinali in questo senso, in part. nota 8); si veda anche G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale “per colpa”: una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 126. L'esigenza di una previa comunicazione risulta poi ancora più pressante in relazione all'omissione, dove l'accertamento del nesso teleologico sostituisce (equivale al) l'accertamento della causalità materiale, che in tali casi è ovviamente indisponibile: come noto qui è tutto normativo il ragionamento in base al quale si accerta che l'evento prefigurato dall'obbligo cautelare avrebbe impedito l'evento storico; cfr., con notevole diversità di impostazioni, G. Fiandaca, *Causalità (rapporto di)*, in *DigDPen* 1988, 126 ss.; Id., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1970, 79; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 32 ss., 58; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *ED, Annali III*, 2010, 689; Id., *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, in *RIDPP* 2011, 494, 534; A. Alessandri, *Commentario della costituzione – art. 27*, Bologna 1991, 33; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2011, 350; L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1062; C.E. Paliero, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *RIMedLeg* 2015, 1513; F. Viganò, *Riflessioni sulla c. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1697; P. Astorina, *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*, in *RIMedLeg* 2011, 1682; sul collegamento fra predeterminazione modale della regola cautelare e prevedibilità, anche per i necessari riferimenti dottrinali, M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, 64, nota 107.

predeterminare l'evento che ci si propone di evitare e, di conseguenza, l'accertamento dell'idoneità causale della condotta del singolo¹⁵.

Accanto a tale fenomeno ne emerge però un altro, apparentemente opposto.

Quando, invece, la disposizione specifica – che predetermina chiaramente il singolo sotto-evento che si vuole evitare – esiste, in sede applicativa le vengono attribuite finalità ulteriori, di modo che, esattamente come sopra, la cristallizzazione legislativa del sotto-evento da impedire finisce per perdersi¹⁶.

Alla base delle criticità della categoria della colpa specifica paiono dunque presentarsi due fenomeni apparentemente opposti fra loro: un eccesso di *costruzione* e un eccesso di *decostruzione* delle “regole” preposte alla definizione del tipo colposo.

Vedremo che essi, nonostante si presentino spesso intrecciati nella prassi, si possono isolare: non si tratta di un'operazione immediata, perché la colpa, proprio a causa della intercambiabilità che la giurisprudenza imprime alle sue diverse forme – non solo fra colpa specifica e colpa generica, ma anche fra responsabilità monosoggettiva e plurisoggettiva – vive in una dimensione prettamente argomentativa¹⁷.

¹⁵ Si vedano le riflessioni di L. Stortoni, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?)*, in *IP* 2016, 12 ss.

¹⁶ Sulla tendenza della giurisprudenza, in questo settore, a presumere l'efficacia preventiva delle regole cautelari contenute nel d.lgs. 9.4.2008, n. 81 (d'ora innanzi TuSL), *indiscriminatamente* (come nel caso di prescrizioni di natura prettamente formale, ad es. quelle che disciplinano le modalità di effettuazione della valutazione dei rischi, gli obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, le riunioni periodiche); cfr. M. Grotto, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 25.9.2012; Id., in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, cit., 292; G. Civello, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il discrimen fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *AP* (2), maggio-giugno 2012; sulle fattispecie di condotta relative alla formazione e informazione del dipendente, di recente, cfr. Cass. 27.10.2020 n. 32194, in www.giurisprudenzapenale.com, 20 novembre 2020.

¹⁷ Non è questa la sede per affrontare il tema dei rapporti fra interpretazione e argomentazione, basti il rinvio a V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012, 37, anche per i necessari riferimenti dottrinali, laddove l'A. si pone “in dialogo” con la scuola genovese (in part. nota 30); con riferimento alla nostra materia, invece, si veda O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 1, dove l'A. usa la felice espressione “luogo argomentativo” per evidenziare come le diverse stagioni giurisprudenziali si avvicendino, in materia di colpa, sul terreno di alcuni nuclei tematici, che mutano nel tempo; più oltre (*ibidem*, 5) si tratteggiano anche i rapporti fra giurisprudenza e dottrina, evidenziando come la prima dimostri di “impossessarsi” della terminologia impiegata dalla seconda, “piegandola” ai propri fini, come è avvenuto, ad esempio, in tema di prevedibilità (concetto di cui più oltre – *ibidem*, 15 – ma già nel proprio studio monografico del 2002, l'A. propone una difesa).

Questi due problemi che affliggono la colpa specifica hanno un elemento comune: l'argomentazione per principi.

3. Per illustrare il fenomeno di decostruzione, utilizzeremo in prima battuta un esempio estraneo al diritto penale del lavoro: l'esempio ci farà vedere che spesso la determinatezza di una disposizione non dipende solo dalle sue caratteristiche semantiche, grammaticali o sintattiche, ma anche, e soprattutto, da quanto accuratamente la guardiamo, da quanto in profondità siamo disposti ad andare.

È da poco stato introdotto l'obbligo del seggiolino antiabbandono¹⁸. La disposizione che lo sancisce ha uno scopo molto preciso: fare sì che i bambini non vengano dimenticati in auto. È *facile vederlo in astratto*, questo scopo. Non tanto automatica è invece, come vedremo, la sua preservazione in sede applicativa.

Alcuni potrebbero pensare che il fatto che il legislatore abbia dovuto indirizzare specificamente questo fenomeno dimostri che abbiamo fatto un passo indietro come civiltà: lo *stress* da lavoro e gli impegni quotidiani ci fanno dimenticare i nostri bambini. Trasposta nella prospettiva del diritto penale, questa posizione ci porta a pensare che è evidente che i genitori non abbiano bisogno (oppure: che per punire i genitori non vi sia bisogno di) una norma del genere, perché tale obbligo discende già dalla loro posizione di protezione nei confronti del bambino¹⁹.

La prassi ha purtroppo dimostrato che tale impostazione, in alcuni casi, non ha funzionato: ciò ha indotto il legislatore a introdurre la tutela preventiva di cui stiamo parlando, che comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa in caso di violazione²⁰.

Seguendo le categorie tradizionali non esiteremmo a definirla una regola cautelare rigida, anche se non è scritta nel modo tanto netto e banale in cui ce lo immagineremmo²¹: essa non parla, infatti, di installare un "seggiolino",

¹⁸ Art. 172, co. 1 *bis*, d.lgs. 30.4.1992 n. 285 (d'ora innanzi CdS; il citato co 1 *bis* è stato inserito dall'articolo 1, co. 1, lett. b, l. 1.10.2018, n. 117).

¹⁹ La "regola non scritta" si applica tuttora in caso di bambino di 4 anni o più.

²⁰ I casi sono molti di più di quanto non si possa pensare; cfr. <https://codacons.it/ancora-un-bimbo-dimenticato-in-auto-ma-la-legge-sui-seggiolini-anti-abbandono-e-ferma/>; la violazione comporta una sanzione pecuniaria da 83 a 332 euro, la decurtazione di 5 punti dalla patente e la sospensione della patente da 15 giorni a due mesi in caso di recidiva nel biennio.

²¹ L'affidabilità delle regole rigide non va comunque sopravvalutata. Per prima cosa, l'aggettivo spinge a confidare su una logica "tutto o niente" che alla prova dei fatti spesso non esiste: l'autovelox o il tutor non sono mai tanto precisi o affidabili quanto sembra in astratto (cfr. C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2011, 38 s.): nei giorni in cui si scrive, ad esempio, le difese in materia di contravvenzioni per guida in stato di ebbrezza si fondano a volte sulla mancata revisione

ma un “dispositivo di allarme, costituito da uno o più elementi interconnessi”²². Questo ci fa pensare che al fine di ridurre il rischio di abbandonare il bambino sarebbero implementabili (forse) infinite precauzioni: acquistare il migliore seggiolino antiabbandono sul mercato e assicurarlo al sedile (o magari ne esistono di serie, più efficaci?); installare sul cellulare un’applicazione che ci avverta, tramite sistema GPS, quando ci allontaniamo mentre il seggiolino rileva ancora la presenza di un peso; controllare la carica del cellulare²³, ecc...

degli apparecchi per la rilevazione (cfr. Cass. 6.6.2019 n. 38618, che ha posto in capo alla pubblica accusa l’onere di dimostrare l’omologazione e l’avvenuta revisione periodica dell’etilometro – art. 379, co. 8, d.P.R. 16.12.2002 n. 495 – importando così un *principio* [sic!] già invalso in sede civile). Più in generale, uno degli effetti del ricorso al concetto della concretizzazione del rischio è che, mettendo l’accento sullo scopo di prevenzione della regola cautelare (il sotto-evento), il problema dell’individuazione del comportamento dovuto passa – almeno potenzialmente – in secondo piano. A volte è infatti possibile affermare che difetta il nesso fra l’evento concreto e i sotto-eventi indicati dalla norma, senza il bisogno di individuare la specifica condotta prescritta. Negli esempi considerati finora le disposizioni rendono chiaro sia cosa si debba fare (istallare il seggiolino; fermarsi al rosso) sia perché – la ragione specifica per la quale – lo si debba fare (evitare di abbandonare il bambino; evitare investimenti o collisioni). Si è visto, inoltre, che, altre volte, regole che ci dicono chiaramente che cosa dobbiamo fare (non superare i 50 Km/h in centro abitato), siccome non ci dicono altrettanto chiaramente il perché dobbiamo farlo (quale evento ci assicuriamo di evitare comportandoci così), nel momento in cui succede una disgrazia possono rivelarsi pressoché inservibili. Esiste, poi, un’altra categoria di regole, sostanzialmente il reciproco di quella appena richiamata, dove è chiaro l’evento che si vuole evitare, ma non altrettanto la condotta che si deve tenere per evitarlo. Queste regole fanno ricorso a formule elastiche – proprio per preservare la loro utilità nel tempo a fronte degli sviluppi tecnologici e linguistici – che permettono un adattamento continuo, del tipo: “fare quanto possibile per”, “adottare le precauzioni idonee a...”, ecc... In alcuni casi, pur non essendo rigide, queste regole riescono comunque a indicare il sotto-evento che si prefiggono di scongiurare e permettono ugualmente, in una certa misura, la verifica della concretizzazione del rischio: un buon esempio è il co. 1, lett. b), art. 286 *quater* TuSL, che pone l’obbligo in capo al datore di lavoro di “adottare misure idonee ad eliminare o contenere al massimo il rischio di ferite ed infezioni sul lavoro [...]”. Anche qui, in altre parole, possiamo effettuare quella particolare forma di verifica che attiene alla pertinenza fra l’evento oggetto di prevenzione e l’evento storico: solo se tale nesso sussiste ci si dovrà porre il problema dell’individuazione della condotta doverosa, della sua efficacia e del suo adempimento da parte del soggetto agente. Non si vuole ovviamente negare il problema dell’individuazione della condotta doverosa nelle regole elastiche, che evidentemente non si esaurisce con la mera invocazione della concretizzazione del rischio, ma solo accantonarlo ai fini di questo lavoro.

²² Cfr. art. 1, lett. b) d.m. 2.10.2019 n. 122, “dispositivo antiabbandono: un dispositivo di allarme, costituito da uno o più elementi interconnessi, la cui funzione è quella di prevenire l’abbandono dei bambini di età inferiore ai quattro anni, a bordo dei veicoli delle categorie M1, N1, N2 e N3 e che si attiva nel caso di allontanamento del conducente dal veicolo”. La (bellissima) parola *seggiolino* è invece usata dal legislatore altrove, ad esempio al co. 5, art. 172 CdS (bella perché è chiara tanto per il destinatario della regola, quanto per il beneficiario della cautela cui il primo viene obbligato).

²³ E si potrebbe continuare all’infinito: non ascoltare musica con le cuffie su un altro dispositivo in modo tale da non sentire l’allarme dell’applicazione, ecc... L’art. 3 del d.m. di attuazione contempla diverse ipotesi (seggiolino integrato, accessorio del veicolo, ecc...), tanto che potremmo definirla una disposizione elastica: si può sempre immaginare che una di queste soluzioni sia più efficace

Forse, presi dall'ansia, potremmo persino arrivare a considerare che, in definitiva, il modo più sicuro per non dimenticarci il bambino è violare un'altra disposizione del codice della strada, quella che ci proibisce di tenerlo sul sedile del passeggero: rischiamo una sanzione, ma avendolo accanto per tutto il viaggio sarebbe impossibile dimenticarsi di passare dall'asilo nido²⁴.

Oppure arrenderci, non partire più²⁵.

Riflettendo meglio, però, vediamo che il rischio di un'espansione irragionevole della sfera di operatività di questa regola cautelare può essere ridimensionato: nessuno potrebbe aspettarsi di vedersi contestare una sanzione amministrativa perché, nonostante abbia assicurato suo figlio a un seggiolino antiabbandono, si è allontanato dall'auto un momento dimenticando il cellulare nell'abitacolo. Anche ammettendo che il cellulare possa essere inteso come uno degli *elementi interconnessi* che costituiscono il *dispositivo di allarme*, è difficile che la sua temporanea dimenticanza in auto possa essere ritenuta equivalente all'omissione del dispositivo in sé²⁶.

Qui è sempre il criterio della finalità della norma cautelare che la preserva da un'applicazione incontrollata: eravamo lontani da una situazione di pericolo per il bambino, così la regola che prevede tale obbligo appare ancora trincerata²⁷.

Il rischio di espansione può però ricomparire se ci troviamo *costretti* a riflettere sulla finalità della norma e ci chiediamo se essa sia effettivamente

considerate il tipo di vettura, le abitudini della famiglia, ecc...Questo solo per dire che, come ricorda di recente anche O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 14, nemmeno il giudizio di colpa specifica non può prescindere comunque da un certo grado di discrezionalità.

²⁴ Cfr. art. 172 co. 3, lett. b), CdS.

²⁵ Sulla questione del dovere di astensione quale possibile contenuto della regola modale cfr. D. Castronuovo, *L'evoluzione*, cit., 1619; si veda anche, per un'elaborazione del dovere di astensione (nel contesto di un'esemplificazione analoga a quella nel testo), G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 9; v. anche *infra*, nota 80.

²⁶ E se la dimenticanza del cellulare non è temporanea, con conseguenze tragiche per il bambino, e il cellulare era di fatto l'unico strumento che permetteva l'emissione di un allarme, forse non si è adempiuto all'art. 172, co. 1 *bis* CdS, che impone di "utilizzare" il sistema antiabbandono (allontanandosi è quantomeno dubbio che lo si stia ancora "utilizzando").

²⁷ La possibilità di individuare il sotto-evento dipende dal grado di specificazione con il quale chi ha elaborato la disposizione ha ritratto una parte di realtà, cristallizzando i possibili sotto-eventi secondo generalizzazioni che ci appaiono trincerate: passando con il rosso si investe o si fa un incidente, ecc...Usiamo il concetto trinceramento della generalizzazione – nel senso di inaccessibilità della ragione sottostante alla regola – mutuandolo da F. Schauer, *Le regole del gioco*, cit., 77; v. G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 440, sulle norme di diligenza come programmazione dei vari decorsi causali, anche intermedi, che possono probabilmente portare alla realizzazione dell'evento (anche *ibidem*, 713, sul ruolo delle generalizzazioni nella elaborazione della regola cautelare); per una ricostruzione della crisi del modello nomologico-deduttivo v. D. Perin, *op. cit.*, 32 ss.

così netta, perché sentiamo di avere delle *buone ragioni* per mettere in discussione quella finalità²⁸.

Immaginiamo di trasportare un passeggero accanto a noi e un bambino, senza seggiolino antiabbandono, sul sedile posteriore, libero di muoversi: al momento dell'incidente, il bambino è dietro il nostro sedile e né a noi, né a lui, accade nulla di grave; non così per il passeggero accanto a noi, che muore nell'impatto. Un passaggio della consulenza tecnica, in modo un po' ultroneo, si sofferma sulla valutazione che, se vi fosse stato un seggiolino sul sedile posteriore in corrispondenza della posizione del passeggero, questi probabilmente sarebbe sopravvissuto, perché il seggiolino avrebbe potuto assorbire l'impatto, sostenendo il suo sedile.

È evidente che non è pensabile un addebito di colpa fondato sull'*ipotesi* che se avessi adempiuto alla regola cautelare avrei installato il seggiolino proprio dietro il sedile del passeggero: nulla mi imponeva di collocarlo proprio lì. Ancor prima di valutare queste ipotesi, però, possiamo agevolmente decidere in base all'idea che la disposizione che abbiamo violato non si prefiggeva lo scopo di attutire gli impatti, ma di non abbandonare il bambino. L'obbligo c'era, ed è stato violato, ma non era quello il suo scopo: è una questione di pertinenza²⁹.

Ma è veramente possibile decidere così? Non è troppo artificiale? Un padre/utente della strada scrupoloso certamente avrebbe installato il seggiolino, così aumentando del 50% la possibilità di sopravvivenza di quella persona, la quale, in fin dei conti, è comunque morta a causa di un *incidente stradale*: non è pur vero che tutte le disposizioni del codice della strada, *in fondo*, perseguono la finalità di garantire la sicurezza stradale?

4. *In fondo*, sotto le regole, ci sono le ragioni per cui quelle regole sono state poste. La forzatura, in conclusione del paragrafo precedente, dell'esempio del seggiolino, ci dimostra che a volte vi sono delle buone ragioni – come di certo è la morte di una persona – per andare a indagare, e poi mettere in discussione, l'assunto che *giustifica* una regola cautelare³⁰. In tali casi, appare

²⁸ Non si deve comunque dimenticare che esistono altri strumenti per intervenire sul fenomeno, a seconda delle variabili concrete; cfr. Cass. 29.5.2018 n. 27705, ove si è punita una madre per abbandono di minore per aver lasciato, mentre faceva la spesa, la figlia di 23 mesi sola all'interno della vettura, parcheggiata con i vetri alzati e gli sportelli chiusi.

²⁹ Ovvero di coerenza tra scopo della regola cautelare violata e dinamica di verifica dell'evento; v. *supra* nota 21, in dottrina K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 308, 327, 344 e 372 e, di recente, M. Mattheudakis, *op. cit.*, 63 ss., 169 ss.

³⁰ C. Luzzati, *Principi e princìpi*, cit., 126, ricorda le origini antichissime dell'idea che una norma ne

rassicurante l'idea di ritrovare una sorta di radiazione di fondo che conferisca una tensione omogenea ed efficientistica all'intero settore dell'ordinamento sul quale, a seconda delle caratteristiche del caso concreto, il diritto penale si trova ad appoggiarsi: tale tensione può essere infusa (dall'interprete) in tutte le disposizioni che appartengono a quel settore, che vengono così schierate in direzione della medesima finalità. Operare sulla *ratio* della norma serve in questo contesto per mutare la categoria dei sotto-eventi che essa si prefigge di impedire, la quale può dunque ampliarsi, estendendo le generalizzazioni in funzione dello scopo *ultimo* – in realtà: *ulteriore* – della prescrizione di volta in volta considerata³¹.

Si è già detto che questo modo di trattare le disposizioni è molto ricorrente nel diritto penale del lavoro: abbiamo ricordato le pronunce in materia di violazione della disciplina sulla valutazione dei rischi, sugli obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, sulle riunioni periodiche; per ciascuna di tali disposizioni è abbastanza agevole individuare, in astratto, un sotto-evento specifico, ma un'omissione fra quelle, di fronte a un evento infausto, viene spesso ritenuta causalmente idonea a cagionare (“direttamente”) l'evento³². È però importante comprendere che, quando operiamo così, rivolgendoci cioè all'indietro per apprezzare le ragioni sottese

fondi un'altra; v. anche M. Atienza e J. R. Manero, *Illicitos atípicos: Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid 2000, 18; la bibliografia sulla distinzione fra regole e principi è ovviamente immensa, per un inquadramento, anche con grande diversità di impostazioni, si veda R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 173 ss.; Id., *La sintassi del diritto*, Torino 2014, 67 ss.; C. Luzzati, *op. ult. cit.*, 24 ss.; Id., *Del giurista*, cit., 342 (nel senso che l'essere un principio sia una caratteristica relazionale e non ontologica, e che i principi siano argomenti e non norme); R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9; L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 89 ss.; G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica* 2009, 131; Id., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 13. Emerge anche, ma è un altro tema che non può essere affrontato qui, la dimensione valoriale dei principi e la loro connessione con la morale; nella dottrina penalistica cfr. O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 162 ss.; v. anche Id., *Autoresponsabilità*, cit., 9.

³¹ Lo scopo della norma è infatti, prima di tutto, un parametro di individuazione della regola prevenzionistica; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 289; A. Vallini, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 luglio 2012, 19.

³² V. *supra*, nota 16. Non è un caso che l'A. cui si deve la più chiara enucleazione della già citata doppia tipicità dell'evento nella struttura dell'illecito colposo faccia esplicito riferimento al settore della sicurezza sul lavoro (d.P.R. 27.4.1955 n. 547): G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 484, 488, dove si evidenzia che, anche laddove la singola disposizione non identifichi espressamente il sotto-evento, essa indica almeno la fonte di rischio. Si deve poi notare che vi sono anche variabili sintattiche: il “rischio di” è solitamente idoneo a indicare il sotto-evento (v. rischio di ferita, *supra*, nota 21); non così per il rischio “derivante da” qualcosa, che può tradursi in categorie più o meno nette di sotto-eventi.

alla regola, ci muoviamo in direzione contraria a quella propria delle regole, che è quella di disporre per il futuro: ci stiamo cioè allontanando dal modo di ragionare proprio della colpa specifica, per decostruire una regola che sentiamo vincolarci a premesse che non condividiamo³³.

Per mettere meglio a fuoco il problema, è bene osservare come, in giurisprudenza, si riesca a inserire tale operazione ermeneutica nell'ordito argomentativo della sentenza.

Tale operazione passa quasi sempre per l'invocazione dell'art. 2087 Cc, che entra nella motivazione (o, più raramente, già nel capo di imputazione) come addebito di colpa specifica.

Anche di questa nota *querelle* – ovvero la natura più o meno specifica dell'art. 2087 Cc – si è parlato in apertura del lavoro. In realtà la specificità di una disposizione dipende dal contesto nel quale essa viene invocata e dall'uso che se ne vuole fare: da un certo punto di vista l'art. 2087 Cc è specifico se lo rapportiamo alla globalità delle obbligazioni che il datore di lavoro assume nei confronti del lavoratore con il contratto di lavoro; da un altro punto di vista, però, la disposizione certo non è specifica quando ci proponiamo di utilizzarla in diritto penale, dove dimostra i suoi limiti non veicolando alcun apporto “regolativo”³⁴.

In ogni caso, si tratta di una disposizione duttilissima, come si evince dall'estrema varietà di utilizzi che le sentenze dimostrano di farne³⁵: a ben vedere, però, anche se i ruoli attribuiti all'art. 2087 Cc in motivazione sono fra

³³ Cfr. F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, 2008 Bologna, 39: constatare che le regole prescrivono necessariamente per il futuro equivale a dire che esse contengono le condizioni per la loro stessa obsolescenza; sulla forza decostruttiva dei principi C. Luzzati, *Principi e principi*, cit., 18.

³⁴ Cfr. D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *DigDPen*, VI, Torino 1992, 111; nonché la dottrina citata *supra*, nota 5.

³⁵ A volte la giurisprudenza applica all'art. 2087 Cc etichette diverse da quella di “colpa specifica”, come ad esempio “principio”, “obbligazione fondamentale”, invocandolo spessissimo *accanto* alle (o anche plasticamente “a chiusura” delle) più specifiche disposizioni del TuSL: parla di “obbligazione fondamentale” Cass. 5.9.2013 n. 36394; molto più ricorrente la definizione di *principio*, emblematica Cass. 20.5.2010 n. 23944: “è *principio* non controverso quello secondo cui il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, *oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c.*”; parla di “norma generale di chiusura” Cass. 14.5.2009 n. 41782; “generale disposizione di cui all'art. 2087 c.c.” Cass. 26.3.2009 n. 27426; così definita anche in Cass. S.U. 25.11.1998, Loparco, in *CEDCass*, n. 212575-7, in *CP*, 1999, 2084, che la contrappone a quelle specifiche previste dalla normativa antinfortunistica; cfr. P. Piccialli, *Qualche riflessione sul debito di sicurezza in materia antinfortunistica*, in G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, *op. cit.*, 98, secondo la quale l'art. 2087 Cc è *norma di chiusura* che *integra* la legislazione speciale di prevenzione (tutti i corsivi sono nostri).

loro nominalmente differenti, la funzione argomentativa assolta dalla disposizione, come vedremo, è sempre la stessa: introdurre il concetto che una norma ne fonda un'altra, che vi sia un principio³⁶.

In realtà, da un certo punto di vista, l'importanza riconosciuta dalla giurisprudenza all'art. 2087 Cc potrebbe persino sorprendere, posto che il diritto penale, a ben vedere, di tale disposizione potrebbe persino fare a meno. Prendiamo, ad esempio, l'idea per cui l'art. 2087 Cc sarebbe necessario a fondare la posizione di garanzia del datore di lavoro.

Senza la posizione di garanzia, come noto, non risulta possibile governare la ricaduta più temibile della natura normativa della colpa: la maggiore distanza fra condotta ed evento, rispetto al dolo³⁷ – che obbliga l'interprete a confrontarsi con molti più fatti storici – implica costanti rimandi fra fatto e diritto, dominabili solo secondo una previa scansione concettuale che muova dalla posizione di garanzia, passi poi per l'individuazione (o costruzione) dell'obbligo cautelare *causalmente efficace* e giunga fino all'accertamento dell'elemento soggettivo.

Ma l'art. 2087 Cc è veramente necessario per fondare la posizione di garanzia di controllo in capo al datore di lavoro? Crediamo si debba rispondere in senso negativo.

A fondare tale posizione – e, ancora più utilmente – a offrirci criteri per l'individuazione della persona fisica che ricopre la qualità di datore di lavoro, vi è il TuSL, il cui assetto complessivo rivela una generale sfiducia nei criteri formali di matrice civilistica: l'assetto vigente della disciplina ha virato verso un favore esplicito per il criterio dell'effettività dell'esercizio dei poteri, che

³⁶ Vi sono anche (rari) casi in cui la giurisprudenza dimostra una certa diffidenza verso la parola "principio", ma è solo una questione di forma: ad es. Cass. 9.2.2018 n. 6505. «l'art. 2087 cod. civ., pur non contenendo precetti specifici come quelli rinvenibili nelle leggi organiche per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, non si risolve in una mera norma di principio, ma deve considerarsi inserita a pieno titolo nella legislazione antinfortunistica, di cui costituisce norma di chiusura, che impone al datore di lavoro precisi obblighi di garanzia e protezione di fini individuali» (corsivi aggiunti); v. anche Cass. 29.9.2006 n. 32286. In astratto, i problemi sono diversi: si dovrebbe infatti distinguere fra il ritenere l'art. 2087 Cc come sufficientemente determinato (quando non lo è) e il ritenerlo un fondamento delle più specifiche disposizioni del TuSL: come visto nella nota precedente, tuttavia, spesso questi due argomenti vengono intrecciati fra loro, a dimostrazione della pervasività del ragionamento fondato sui principi. Così l'art. 2087 Cc diventa sufficientemente determinato ("norma di chiusura") proprio perché fonda le altre disposizioni cautelari.

³⁷ Cfr. M. Gallo, *Colpa penale (dir. vig.)*, in *ED*, VII, 1960, 633; F. Bricola, *Aspetti problematici del cd. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale dell'Università di Pavia* 1960-61, 113 (anche in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano 1997, 67): nella colpa "la perfezione del precetto può aversi solo a patto di non recidere i nessi con la fattispecie concreta".

ridimensiona fortemente il ruolo dell'elemento – che pure è autonomamente contenuto nel TuSL – della mera titolarità del rapporto di lavoro³⁸.

L'art. 2087 Cc risulta poi comunque non *esaustivo* anche guardando al versante prettamente civilistico del problema, come quando, ad esempio, consideriamo i problemi che emergono nel contesto delle società, dove la giurisprudenza fa riferimento ad altre disposizioni del codice civile (pensiamo all'art. 2381 Cc, all'art. 2392 Cc).

Il TuSL, dunque, offre criteri propri per individuare il datore di lavoro, e individua anche, a un livello di maggiore dettaglio, i singoli obblighi connessi alla figura, così che l'art. 2087 Cc certo non è necessario a porre le basi della posizione di garanzia³⁹.

Non a caso, la vera funzione che viene assunta in motivazione dall'art. 2087 Cc è quella di principio, utilizzato a *giustificazione* delle regole di colpa specifica⁴⁰.

³⁸ Il datore di lavoro che interessa alla normativa prevenzionistica non è lo stesso datore di lavoro che interessa al diritto civile. In alcuni casi, infatti, la Cassazione dimostra di poter fare a meno dell'art. 2087 Cc, sull'assunto che l'ordinamento certo non possa stare inerte di fronte al caso di *atteggiamento passivo* davanti al *ripetersi di incidenti*, da parte di chi, pur in assenza di delega o incarichi in materia di sicurezza, rivesta comunque una posizione sovraordinata; in questo senso Cass. 11.10.2011 n. 3947, valorizza l'assunzione di fatto della posizione di garanzia da parte di chi ricopriva la posizione apicale in un negozio, senza mai fare riferimento all'art. 2087 Cc.

³⁹ La giurisprudenza, a volte, identifica la fonte della posizione di garanzia nell'art. 18 TuSL (Cass. 19.10.2012 n. 41063). L'idea che l'art. 2087 Cc fornisca una sorta di legittimazione "dall'alto" della materia prevenzionistica presuppone una sorta di "superiorità" o "necessità" del diritto civile rispetto all'applicazione del diritto prevenzionistico, tutta da dimostrare. Considerato, infatti, il succitato sviluppo che la materia della sicurezza sul lavoro ha avuto in direzione sempre più sostanzialistica (peraltro, dunque, in sé assonante con le esigenze che potremmo definire genericamente comuni al diritto penale) l'effetto tetico (F. C. Palazzo, *L'errore su legge extrapenale*, Milano 1974, 16-17 e 46, G. Ruggiero, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli 1965, 163-164, 214-215) del diritto civile sul TuSL è molto meno intenso che in altre materie (pensiamo, ad esempio, a quanto il diritto civile e commerciale siano presupposti dal diritto tributario e a quanto quest'ultimo sia a sua volta presupposto dal diritto penale).

⁴⁰ Colpisce che, muovendosi alla ricerca di una fattispecie (o almeno di una componente utile alla costruzione di una fattispecie penale), si scelga di utilizzare una parola che indica "per definizione" una norma *senza fattispecie*; cfr. G. Zagrebelski, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 213; analogamente, sebbene con riferimento alle norme costituzionali, Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 41; l'"assenza di fattispecie", nei principi, può essere detta in modo molto più preciso (solitamente si parla di fattispecie "aperta"; cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 201), specificando se la caratteristica principale del concetto "principio" sia l'indeterminatezza, la genericità, la defettibilità o una combinazione di queste; si veda, sempre con diversità di impostazioni, la dottrina citata *supra*, nota 30, nonché ancora R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008, 119 e G. Pino, *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 55.

Per prima cosa, come a tutti i principi, si attribuisce alla disposizione un contenuto fondativo su cui non si può non convenire (“il datore di lavoro deve garantire la massima sicurezza”): chi potrebbe pensare, anche se non esistesse l’art. 2087 Cc, che il proprietario di una sega circolare, o di altre macchine pericolosissime, possa disinteressarsi della sicurezza di chi lavora per lui a quelle macchine⁴¹?

Il principio serve poi per decostruire, non solo per fondare: in questo caso serve per superare la predeterminazione dei sotto-eventi che la disposizione cautelare reca con sé, permettendo alla regola di guardare più lontano: il coinvolgimento del rappresentante dei lavoratori nella valutazione dei rischi è, in sé, funzionale a una maggiore partecipazione dei lavoratori nella gestione complessiva della sicurezza sul lavoro, ma, *a ben vedere*, serve comunque per garantire un maggior livello di sicurezza; lo stesso dicasi di obblighi annuali di indire riunioni per la sicurezza, dell’indicazione formale della categoria di rischio nel DVR, e così via. Lo specifico sotto-evento considerato dalla norma non interessa più, perché ogni regola viene intesa come avente il medesimo scopo *finale* e si finisce, così, per affermare esattamente quella *causalità di principio* dalla quale la stessa Suprema Corte, in alcune pronunce, mette in guardia⁴².

⁴¹ Tanto condivisibile che, se si rimuovesse l’art. 2087 Cc dalla motivazione della sentenza, quel principio emergerebbe ugualmente (ciò però non vuol dire che identificare la fonte del principio nell’art. 2087 Cc non possa avere dei costi, v. *infra* nel testo, § 5). La capacità di “riemersione” dei principi si vede bene, in questa materia, osservando quanto accaduto al momento della ricezione dell’art. 299 TuSL in giurisprudenza: «Va sottolineato che la previsione di cui al citato art. 299 ha natura *meramente ricognitiva del principio di diritto* [...] per il quale l’individuazione dei destinatari degli obblighi [...] deve fondarsi [...] sulle funzioni in concreto esercitate [...]. Ne deriva che la codificazione della c.d. “clausola di equivalenza” avvenuta con il predetto d.lgs. n. 81 del 2008 non ha introdotto alcuna modifica in ordine ai criteri di imputazione [...], senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di irretroattività della norma penale» cfr. Cass. 25.9.2014 n. 46437 (cita Cass. 7.2.2012, in *CEDCass*, n. 252676); cfr. P. Piccialli, *op. cit.*, 96 (corsivi aggiunti).

⁴² Cfr. Cass. 4.12.2009 n. 3092, relativamente all’omissione della valutazione del rischio nel DVR «il rapporto di causalità fra omessa previsione del rischio e infortunio o il rapporto di causalità fra omesso inserimento del rischio nel documento di valutazione dei rischi e infortunio deve essere accertato in concreto rappresentando gli effetti indagati e accertati dell’omissione all’evento che si è concretizzato»; v. anche Cass. 2.12.2016 n. 20056; merita di essere segnalata, con riferimento però al settore dell’infortunistica stradale, anche Cass. 4.10.2017, n. 50024 (confermando un orientamento già indicato da Cass., 16.6.2010, n. 32126): si contestava l’omicidio colposo a un automobilista che, pur circolando all’interno nella propria corsia, non avrebbe, come dovuto, circolato nel rispetto dei limiti di velocità e in prossimità del margine destro della carreggiata, in violazione degli artt. 142 e 143 CdS; secondo la Suprema Corte: “i sopra indicati articoli 142 e 143 del Codice della Strada [sono] norme di carattere cautelare che hanno per finalità quella di garantire un’andatura corretta e regolare nell’ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo precedente e degli altri che la percorrono. Tali precetti, in altri termini, non sono sicuramente intesi ad evitare il rischio

Quello che occorre considerare qui è che, nella prospettiva della colpa per omissione, l'invocazione del principio muta l'evento immediato che la nostra condotta avrebbe causato: scompaiono gli incidenti all'incrocio, l'abbandono del bambino, la ferita, la riunione periodica; rimane solo la morte (del lavoratore) che, *per principio*, il datore di lavoro avrebbe dovuto evitare⁴³.

Si sono dunque messi a fuoco gli strumenti della decostruzione delle regole in questa materia: l'invocazione dell'art. 2087 Cc e l'argomentazione per principi. Occorre ora chiedersi se tali strumenti possano essere utilizzati anche per *costruire* le regole cautelari.

5. Si è detto, dunque, che spesso l'art. 2087 Cc viene presentato, in giurisprudenza, come regola (di colpa specifica), ma viene in realtà utilizzato come principio.

In altri casi, invece, la giurisprudenza – pur presentando sempre l'art. 2087 Cc come regola – dimostra anche di volerlo utilizzare come tale, nel senso di norma *bisognosa di fondamento*, bisognosa a sua volta di un principio.

A volte, infatti, il pur genericissimo testo dell'art. 2087 Cc pare non essere sufficiente a includere nella posizione di garanzia del datore di lavoro una cautela che l'interprete ritiene invece doverosa.

Giungiamo, così, al tema della violenza sul luogo di lavoro, riguardo al quale si è anticipato che non esiste una disciplina *specificata* nel TuSL.

La posizione di garanzia del datore di lavoro è, come noto, di controllo, non di protezione: inutile dire che se questi dovesse veramente farsi carico di *tutti* i rischi incombenti sui suoi lavoratori, a stretto rigore non dovrebbe permettere loro di lavorare, così come il genitore dell'esempio del seggiolino non dovrebbe mai permettere al bambino di saldare, di salire su di un traliccio o di manovrare un *sideboom*⁴⁴.

determinato dall'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dal senso opposto, in spregio di limiti di velocità, divieto di sorpasso e di corretta tenuta dei fari”.

⁴³ “La descrizione in chiave generale (generalista) ed astratta dell'evento è, tra gli *escamotage* usati dalla giurisprudenza per vanificare le proprie affermazioni di principio, quello più frequente e più approfonditamente indagato”; così O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 5; v. anche S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 313 e ss. (ripreso anche da O. Di Giovine, *ibidem*). Qui si vede l'impatto dell'argomentazione per principi, che è probabilmente tra le cause di quel fenomeno di eterogenesi dei fini che mina alla base la tenuta della categoria della colpa specifica, la quale perde la funzione di garanzia e diventa strumento di “estensione” della responsabilità penale; cfr. F. Sgubbi, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino 1997, 260 parlava di «espansione totalizzante» della colpa specifica e ne evidenziava «le minacciose contiguità» con la responsabilità oggettiva.

⁴⁴ Nel senso che quella del datore di lavoro è una posizione di controllo cfr. P. Veneziani, *I delitti*

E non può essere altrimenti: con una posizione di protezione non residuerebbe alcuno spazio per l'esercizio di attività produttive pericolose; la costruzione del tipo deve, dunque, risultare incentrata sulla fonte di rischio e non sulla persona che beneficia della protezione (v. *infra* § 7).

Occorrono, allora, dei criteri per stabilire quando il rischio, per le caratteristiche intrinseche dell'attività lavorativa oppure per le specifiche modalità nelle quali essa viene svolta, diventi un rischio tipico, da includere fra le fonti di pericolo che il datore di lavoro è obbligato a controllare: il rischio aggressione di terzi, a eccezione dei casi in cui esso è effettivamente l'oggetto della mansione del dipendente, è di per sé estraneo all'attività lavorativa⁴⁵.

Come visto, una posizione che inizia a farsi strada in giurisprudenza ritiene che tali criteri possano e debbano essere rinvenuti, in modo chiaro e sufficientemente predeterminabile, nel materiale normativo vigente.

contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova, 2003, § 3; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 139. Nelle rare occasioni in cui dottrina e giurisprudenza si sono confrontate con il rischio "atti dolosi di terzi", lo hanno fatto sempre nella prospettiva in cui tale fonte di pericolo si innestava su una mancanza nel controllo di altre fonti di pericolo *già in sé* doverose; cfr. Cass. 8.6.2010 n. 31680, incendio appiccato da terzi a una motonave, i cui dispositivi antincendio sono risultati carenti, non funzionanti o non tempestivamente attivati, confermando la condanna ex art. 449 Cp; il caso richiama alla mente, ma non si sovrappone esattamente, al noto *Brandstiftungsfall* (RG 61, 318; richiamato da G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 590, nota 103). È indicativo che nella citata pronuncia del G.u.p. di Roma (*supra*, nota 3) il capo di imputazione parlasse esplicitamente di posizione "di protezione", rispetto al rischio terrorismo, del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori. Per una riflessione alla luce di un caso dove la posizione di garanzia del datore di lavoro e quella dei genitori si intrecciano (bambino che entra abusivamente in un cantiere) cfr. O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 12 (il caso è tratto da Cass. 15.10.2014 n. 43168, in *D&G* 2014, 26 ss. con nota di L. Piras, *Il ragazzino curioso muore in un cantiere: quali obblighi per il responsabile della sicurezza?*).

⁴⁵ Lo constatano anche Angelini-Lazzari, *op. cit.*, 83. Vi sono ovviamente eccezioni, come il caso della guardia del corpo, che ha una posizione di garanzia di protezione rispetto al politico che l'ha incaricata; non si deve dimenticare, però, che il suo datore di lavoro, che certo ha un debito di sicurezza nei confronti della guardia del corpo, assume la veste di garante sulle medesime fonti di rischio (aggressione di terzi), nella forma però sempre di una posizione di controllo: egli ha dunque l'obbligo di porre il dipendente nelle condizioni di svolgere al meglio e con il minor rischio possibile il suo lavoro, il cui nucleo (l'obbligo di proteggere il politico) comporta comunque l'esposizione al pericolo di aggressioni altrui; cfr. Cass. 4.7.2006 n. 32286, in *CP* 2007, 3304, con nota di D. Valenza, *Limiti strutturali della posizione di garanzia nella materia degli infortuni sul lavoro*, dove la Suprema Corte ha condannato per omicidio colposo il legale rappresentante di un istituto di vigilanza per avere omesso di fornire un giubbotto antiproiettile che avrebbe impedito la morte di una guardia giurata attinta da un colpo d'arma da fuoco esplosa da malviventi che rapinavano una banca (la Suprema Corte ha individuato la fonte dell'obbligo nell'art. 2087 Cc e nell'art. 9 Regolamento di servizio degli istituti di vigilanza privata operanti in Palermo, emesso dal Questore il 19.4.2001); la pronuncia è ripresa anche da D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 570 (anche Id., *L'evoluzione*, cit., 1621) per denunciare la tendenza "iperoggettivante" della Suprema Corte.

In realtà, quanto riguarda la normativa civilistica e prevenzionistica, da esse non si possono trarre che *argomenti della possibilità*, nel senso che le formulazioni positive di molte disposizioni in materia *non si oppongono direttamente* a tale interpretazione estensiva.

Si pensi proprio all'art. 2087 Cc, che contestualizza l'obbligo di adozione delle misure necessarie alla protezione dei lavoratori nell'*esercizio dell'impresa*. Non diversamente il TuSL, che pur tacendo, come detto, sulla disciplina della *security*, contiene moltissime disposizioni in base alle quali è possibile argomentare che esso *non si oppone* a una tale estensione, con conseguente declinazione del "rischio-violenza" secondo il complesso quadro di obblighi strumentali e formali ivi descritti (dalla valutazione del rischio, all'informazione ai lavoratori, ecc...)⁴⁶.

Tali argomenti della possibilità, però, non sono conclusivi: il fatto che il testo non si opponga a una determinata interpretazione non è, di per sé, una buona ragione per operare quell'estensione; la compatibilità sintattico-semanticamente fra la disposizione e l'interpretazione che si propone è solo una precondizione necessaria, ma non sufficiente, a concludere in favore di quella specifica lettura del testo.

Ecco riemergere il tema delle ragioni, dei principi: non resta che constatare che, proprio in considerazione del suddetto silenzio legislativo in materia, la *specificazione* di criteri oggettivi, in costanza dei quali affermare che il rischio violenza sia da considerare un rischio *tipico*, sia indubbiamente un'operazione

⁴⁶ Cfr. R. Guariniello, *La violenza*, cit., 10, che constata tale mancanza nel nostro ordinamento, ma emblematicamente afferma: «ciò non toglie che dalle norme generali del d.lgs., n. 81/2008 si ricavano i *principi* destinati a governare l'individuazione e la scelta di tali misure» (corsivo aggiunto). L'A. (*ibidem*, 4) evidenzia che molte disposizioni del TuSL (e l'art. 2087 Cc) non si oppongono a una tale estensione: cita ad es. l'art. 3 TuSL (laddove si riferisce a "tutte le tipologie di rischio") e l'art. 2, co. 1, lett. a), quale norma che "assorbe e valorizza quell'obbligo generale introdotto già dall'art. 2087 cod. civ." (corsivi aggiunti); si fa anche riferimento (*ibidem*, 6 s.) al fatto che l'art. 28, co. 2, lett. a) si riferisce a «tutti i rischi per la sicurezza e la salute *durante* l'attività lavorativa», a come la giurisprudenza civilistica sostanzialmente equipari alla "causa di lavoro" l'"occasione di lavoro", intesa come l'insieme delle condizioni ambientali e socio-economiche in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore (cfr. Cass. civ., sez. lav., 5.1.2015 n. 6) e anche a come l'obbligo di valutazione dei rischi si estenda alla dimensione dell'"ovunque", nel senso che l'attività lavorativa può svolgersi fuori dai locali aziendali (la nozione di luoghi di lavoro di cui all'art. 62 TuSL si applica solo al Titolo II); sulla nozione di "occasione lavorativa", v. anche Angelini-Lazzari, *op. cit.*, 84. Convenendo sulla constatazione dell'assenza di una normativa in materia, si potrebbero ugualmente valorizzare altri indici "sistematici" nel TuSL che militano nel senso dell'esclusione della materia della *security* dalla sua sfera applicativa, come l'art. 74, co. 2, secondo cui non costituiscono dispositivi di protezione personale «le attrezzature di protezione individuale delle forze armate, delle forze di polizia e del personale del servizio per il mantenimento dell'ordine pubblico (lett. c)», né «i materiali per l'autodifesa o per la dissuasione (lett. f)».

creativa. Una tale operazione deve allora essere *giustificata*, su di un piano che trascende le potenzialità estensive del testo dell'art. 2087 Cc o delle disposizioni del TuSL, e che renda evidente le ragioni che militano nel senso di tale decisione, *chiarendo*, sul piano assiologico, che l'ordinamento *esige* una tale integrazione.

Di questo la giurisprudenza civilistica, nei casi in cui include la violenza fra i doveri di controllo del datore di lavoro, si dimostra perfettamente consapevole e opera un'interpretazione dichiaratamente *estensiva* dell'art. 2087 Cc, che diventa una norma *giustificata* dal diritto alla salute (art. 32 Cost.) e dai principi di correttezza e buona fede (art. 1175 Cc e 1375 Cc)⁴⁷.

Come detto, il medesimo ragionamento per principi viene ritenuto da alcuni esportabile sul terreno del diritto penale, anche qui ponendo al centro dell'argomentazione l'art. 2087 Cc⁴⁸.

Perché, però, riferire l'interpretazione estensiva all'art. 2087 Cc e non direttamente alle disposizioni del TuSL? Anche quelle norme, infatti, sono certamente fondate sul diritto costituzionale alla salute. La risposta pare agevole: queste ultime disposizioni non offrono un elemento che solo l'art. 2087 Cc può offrire, ovvero l'"automatica" possibilità di includere nella motivazione la giurisprudenza civilistica⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. In tal senso Cass. civ., sez. lav., 19.2.2016 n. 3306 e 18.2.2016 n. 3212, che evidenziano la necessità di «preservare i lavoratori dalla lesione di detta integrità nell'ambiente o in costanza di lavoro in relazione ad attività anche non collegate direttamente allo stesso come le aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi»; i medesimi argomenti sono utilizzati da Cass. civ., sez. lav., 23.3.2002 n. 4129, che ha affermato la responsabilità del datore di lavoro in un caso di rapimento di lavoratori, poi rilasciati, ad opera di guerriglieri etiopi.

⁴⁸ Cfr. *supra*, note 1, 3 e 47: l'art. 2087 Cc è un perno dell'argomentazione sia di R. Guariniello, del G.u.p. di Roma, che dei precedenti civilistici in tema di *security* (v. anche subito *infra* in nota).

⁴⁹ Nella giurisprudenza della sezione lavoro, hanno negato il risarcimento da parte del datore di lavoro per omissione di cautele volte a prevenire aggressioni di terzi Cass. civ., sez. lav., 28.10.2008 n. 25883 («si trattava dei normali pericoli connessi, genericamente, in qualche misura a qualsiasi attività di lavoro, in sostanza al vivere e all'operare, non di un pericolo specifico connesso al lavoro e derivante dal lavoro, come presupposto dall'art. 2087»); Cass. civ., sez. lav., 24.10.2001 n. 15350 (la ricorrente aveva dedotto la *particolare incidenza della criminalità nella zona*); Cass. civ., sez. lav., 12.3.1998 n. 11710 (la rapina a un distributore si sposta in un magazzino attiguo: *dedotte circostanze esulavano da ogni profilo di prevenzione specificamente attinente al lavoro svolto e correttamente non sono state valutate dal Tribunale*); accolgono il ricorso del lavoratore Cass. civ., sez. lav., 10.4.2019 n. 29879 (custode di un collegio, aggredita e uccisa durante il turno notturno al presunto fine di impossessarsi di una cassetta contenente poche centinaia di migliaia di lire, provento delle locazioni delle camere del collegio, il datore di lavoro ha omesso di predisporre guardiola con vetro, citofono, cassaforte, illuminazione adeguata, un secondo custode, a differenza di quanto avveniva in altri collegi, ove i custodi erano due (*l'aggressione a scopo di lucro è insita nella tipologia di attività esercitata*, in ragione della movimentazione di somme di denaro); Cass. civ., sez. lav., 28.10.2015 n. 34, responsabilità del

Ciò che rende l'art. 2087 Cc apparentemente insostituibile in questa materia, e forse la ragione fondamentale che spinge i fautori di certe posizioni inclusive a scegliere proprio questa disposizione come fulcro del proprio ragionamento per principi (v. *supra* § 4), è che questa disposizione *esiste, in una dimensione direttamente applicativa, altrove* rispetto alla materia penale: ha una sua giurisprudenza.

Rispetto allo specifico problema qui affrontato, la giurisprudenza civilistica si dimostra uno strumento formidabile, perché pare offrire quei criteri di collegamento funzionale fra attività lavorativa e rischio aggressione che il TuSL non contiene.

Così alcune sentenze in materia giuslavoristica affermano che il rischio violenza è “insito nella tipologia di lavoro” di cui il lavoratore è incaricato, ad esempio, perché la mansione lo obbliga a maneggiare denaro (altre volte la Suprema Corte civile contempla nella propria argomentazione tale criterio, ma rigetta comunque il ricorso⁵⁰). Vi sono precedenti civilistici anche con

datore di lavoro fondata sul non avere implementato strumenti volti a fornire sicurezza ai casellanti (come vetri blindati, telecamere a circuito chiuso etc.), che avrebbero prevenuto la rapina che ha comportato un infarto al casellante ricorrente; Cass. civ., sez. lav., 8.3.2006 n. 12445 accoglie il ricorso della dipendente di un'associazione che aveva subito *mobbing* sul luogo di lavoro, non essendosi data la prova di avere implementato misure volte a prevenire tali accadimenti, ma solo tese a punirli una volta accaduti (deferimento ai probiviri); Cass. civ., sez. lav., 11.2.2015 n. 7405: il caso riguardava la richiesta di risarcimento dei danni subiti effettuata nei confronti di Poste Italiane Spa (e dell'Inail) per effetto di tre successive rapine, di cui un dipendente era rimasto vittima nello svolgimento della sua attività lavorativa presso l'ufficio. La Corte territoriale aveva rigettato la domanda, fondata sull'assunto che fossero state omesse misure di sicurezza (sistemi di videosorveglianza, collegamento diretto con le forze dell'ordine, sistemi di apertura a tempo ovvero di allarme interno) idonee a prevenire l'attività delittuosa di terzi, essendo l'unica misura attuata dalla parte datoriale la protezione tramite vetri antisfondamento del bancone, mentre nessun mezzo di sicurezza rivolto all'esterno era stato concretamente realizzato ed attivato. Tutte le rapine, invece, si erano realizzate *al di fuori dei locali dell'ufficio postale* e, in particolare, nel momento in cui il lavoratore era intento a sollevare la saracinesca che vi dava accesso. La Suprema Corte, nell'accogliere il ricorso, evidenzia la prevedibilità degli eventi delittuosi – corroborata dalla reiterazione degli stessi – e chiarisce che l'obbligo di prevenire aggressioni di terzi a tutela dell'integrità lavorativa dei dipendenti deve essere contenuto, onde evitare surrettizie ammissioni di responsabilità oggettiva, ai casi in cui «*la prevedibilità del verificarsi di episodi di aggressione a scopo di lucro sia insita nella tipologia di attività esercitata dal lavoratore, in ragione della movimentazione, anche contenuta, di somme di denaro nonché delle plurime reiterazioni di rapine in un determinato arco temporale*». Per quanto riguarda l'efficacia della regola cautelare, la Corte precisa che le misure avrebbero dovuto «*impedire o prevenire o, comunque, rendere più difficoltoso ed aleatorio il realizzarsi di eventi criminosi il che non significa che tali mezzi dovessero essere certamente in grado di impedire il verificarsi di episodi criminosi a danno del dipendente, bensì che gli stessi dovevano consistere in quelle misure che, secondo criteri di comune esperienza, potevano risultare atti a svolgere, al riguardo, una funzione almeno dissuasiva e, quindi, preventiva e protettiva*».

⁵⁰ Si vedano i primi casi citati alla nota precedente (in particolare il caso della rapina al distributore,

riferimento all'esposizione del lavoratore al rischio terrorismo: in questi casi il legame oggettivo viene individuato nell'intensità, nella diffusività del rischio e altre fonti che si esprimono nel dovere di valutazione di tale rischio da parte del datore di lavoro in presenza di ragionevole e concreta possibilità di manifestazione⁵¹.

Tale caratteristica dell'art. 2087 Cc ne preserva l'utilità argomentativa anche laddove, come nel caso del rischio violenza, la sua funzione di principio fondante il TuSL non è abbastanza, perché non si tratta di "intensificare" una sfera di tutela che questo già contiene (v. *supra*, § 3), ma occorre integrarne lo spettro applicativo⁵². È ovvio che, una volta ricondotto il rischio all'interno dello spettro applicativo del TuSL, le disposizioni di carattere formale/organizzativo potranno ricominciare a operare secondo il modello già visto e l'art. 2087 Cc potrà recuperare la sua funzione di principio (v. *supra*, § 3).

Da questo quadro emerge, a parere di chi scrive, l'evidente necessità di una disciplina positiva in materia: si vede bene, infatti, che la categoria "rischio aggressione di terzi", lungi dal poter costituire una categoria omogenea, appare al momento suscettibile di contemplare fenomeni diversissimi fra loro,

Cass. civ., n. 1171/1998, cit.), si deve notare che solo Cass. civ., n. 7405/2015, cit., estende tale sfera di tutela al di fuori dei locali di lavoro, sebbene in costanza di notevole prossimità spaziale (posto che le rapine sarebbero avvenute mentre il dipendente sollevava la saracinesca). È inoltre interessante notare che, a fronte di tali precedenti sul versante civilistico, non è dato rinvenire corrispondenti pronunce di condanna sul versante penalistico: si fatica infatti a trovare – come sarebbe lecito attendersi, seguendo l'assunto di omogeneità fra colpa civile e penale che *giustifica* l'invocazione dell'art. 2087 Cc – sentenze che *puniscano* il datore di lavoro nella medesima costellazione di casi. A fronte di tali precedenti in sede civilistica non ci è stato infatti dato di rinvenire casi in cui, ad esempio, il direttore di banca o delle Poste, laddove la filiale fosse collocata in luoghi particolarmente "problematici", sia stato condannato per omicidio colposo per aver cagionato la morte dei propri dipendenti omettendo cautele idonee a prevenire attività delittuosa di terzi in loro danno.

⁵¹ Cfr. T. Ravenna, 23.10.2014, «il rischio in discorso era così immanente e totalizzante che incombeva in ogni posto ed in ogni luogo, fuori e dentro il cantiere». Si veda anche l'Interpello n. 11, 25 ottobre 2016, della relativa Commissione del Ministero del lavoro, che ritiene sussistente il dovere del datore di lavoro – con particolare riferimento al personale della compagnie aeree – di «*valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta*», fondando il proprio ragionamento sul "principio" di cui all'art. 2087 Cc, che sarebbe *ribadito* dall'art. 18, co. 1, lett. z), d.lgs. n. 81/2008; v. anche la già citata Cass. civ., sez. lav., n. 4129/2002.

⁵² Un affresco molto chiaro, declinato in termini descrittivi, del primo momento di abduzione nella costruzione della fattispecie colposa, in cui si formulano le prime ipotesi cautelari, in G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 657, nota 270.

e tutto ciò si riverbera, ovviamente, sul tipo di contromisure che si rendono necessarie e sulle professionalità qualificate per valutarle. Forse, in alcuni casi, è persino dubbia la controllabilità di tale rischio, pure a fronte di un'evidente utilità collettiva dell'attività che vi si espone: si pensi alla difficoltà nel reperire le informazioni rilevanti per la gestione del rischio, la ricerca di fornitori di *security* idonei *in loco*, ecc...⁵³. Più in generale, nella prospettiva della sussidiarietà, è evidente che l'appiattimento fra i due piani di tutela, civilistico e penalistico, fa perdere di vista le rispettive funzioni dei due strumenti, le quali dovrebbero invece essere il punto di partenza dell'attività ermeneutica, come variabili preesistenti e fondamentali rispetto alla definizione dell'ampiezza delle due sfere di tutela: una garantisce che il lavoratore o chi ha un legame qualificato con lui possa comunque godere di un risarcimento; l'altra, più ristretta, ha la funzione (anche) di prevenire e rieducare⁵⁴.

6. Si diceva che l'invocazione dell'art. 2087 Cc ha anche una funzione pratica e immediata, che è quella di permettere l'invocazione in sentenza della relativa giurisprudenza civilistica a sostegno – come una sorta di precedente – dell'argomentazione estensiva.

Fra gli elementi che la giurisprudenza civilistica adduce a sostegno della sussistenza di un collegamento fra la mansione svolta dal lavoratore e il rischio violenza, particolare attenzione merita il criterio della prevedibilità: il datore di lavoro avrebbe potuto prevedere tale aggressione, pertanto essa rientra nella sua sfera di protezione⁵⁵. Così il cerchio si chiude, e la sovrapposizione fra colpa civile e penale si consuma nell'alveo del

⁵³ Cfr. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 160, ove si denuncia l'ipocrisia del metodo «induzione giuridica» che pretenderebbe di sostituire «un insieme di norme con un principio più economico, ma logicamente equivalente» (riprendendo C. S. Nino, *Diritto come morale applicata*, Milano 1999, 87); v. anche *ibidem*, 427; sulla carenza degli strumenti di “*travel and theater risk*” nel nostro sistema, con spunti comparatistici in forza dei quali si argomenta in favore dell'efficacia di modelli di *partnership* pubblico-privato e di Agenzie *ad hoc* per la gestione di questo tipo di rischio, v. G. M. Potenza, *Il caso Bonatti e la carenza di strumenti di “travel and theater risk” per le corporate security italiane*, in *Alpha analysis*, Aprile 2017, 4.

⁵⁴ Sulle criticità del «dogma dell'unitarietà della colpa civile e della colpa penale» – nonché per i dovuti riferimenti – v. D. Castronuovo, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1726; secondo l'A. la (necessaria) distinzione fra colpa penale e colpa civile deve essere imperniata “sul più penalistico degli elementi del reato: quello della colpevolezza” (così Id., *L'evoluzione*, cit., 1609); di recente stigmatizza l'ispirazione smaccatamente compensativa (e nemmeno generalpreventiva) della giurisprudenza O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 7 e il fatto che la finalità della pena sia oggi trasfigurata, essendo intesa come uno strumento di assistenza e redistribuzione economica (*ibidem*, 17).

⁵⁵ Molte delle sentenze civilistiche citate *supra* alla nota 49 invocano anche questo elemento.

ragionamento proprio della colpa generica (sebbene nascosto, come più volte ricordato, sotto l'etichetta della colpa specifica).

Prima di soffermarci, brevemente, sull'intrinseca problematicità di questo criterio, cerchiamo di mettere a fuoco la facilità con la quale tale elemento entra nella motivazione della sentenza.

In generale, la prevedibilità evoca un'intuizione garantistica che le conferisce automatica cittadinanza nella motivazione di una sentenza, come potremmo dire anche di altri principi (si pensi all'affidamento o al principio di autoresponsabilità)⁵⁶.

Sul terreno della colpa, poi, la facilità con la quale la prevedibilità entra nella motivazione della sentenza discende anche dalla duttilità delle forme della responsabilità colposa: la tematica della violenza come infortunio permette infatti un'ulteriore riflessione, che attiene al tema della responsabilità a titolo di colpa per un fatto doloso altrui, ovvero alla possibilità che la condotta colposa del datore di lavoro e quella dolosa dell'aggressore convergano in una medesima fattispecie, grazie all'art. 113 Cp⁵⁷.

⁵⁶ Anche considerando che, come noto, lo sprone alla valorizzazione di questo elemento discende da formanti autorevoli, non solo dottrinali, ma soprattutto la giurisprudenza sovranazionale; per un inquadramento cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino 2014, *passim*, 19; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, *passim*; v. anche Id., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 22; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *DPenCont*, 2016 (3), 114; sulla prevedibilità come canone interpretativo Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 249; di recente, offre un quadro dei problemi, con una ricostruzione dei passaggi attraverso i quali le pronunce della Corte EDU hanno enucleato una lettura propria del principio di legalità e una esaustiva ricostruzione della dottrina sul tema, P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *www.la legislazione penale.eu*, 6.11.2020 (in part. 4); sulla facilità con la quale la giurisprudenza si impossessa di queste intuizioni garantistiche, v. *supra*, nota 17. Da questo punto di vista, anche alla luce di quanto si dirà appena oltre nel testo e in nota, la prevedibilità si presta a rientrare nella categoria delle cd. *weasel words*, parole che, come la donnola (che svuota l'uovo lasciandolo apparentemente intatto), possono essere usate, se si è costretti a farlo, per eliminare tutte le implicazioni che contraddicono gli assunti dell'argomentazione; cfr. M. Pei, *Weasel words: the art of saying what you don't mean*, New York 1978, ripreso da C. Luzzati, *Principi e princìpi*, cit., 50.

⁵⁷ Si veda P. Aldrovandi, *commento all'art. 113 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 803; S. Corbetta, *Commento all'art. 113 c.p.*, in *Codice penale commentato*, vol. I, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano 2015, 1806; G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *RIDPP* 1980, 83; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, *passim*; G. Bersani, *Appunti sulla funzione della cooperazione colposa nella sistematica del c.p.*, in *RP* 1995, 999; F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano 1984, 47; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 122 ss.; G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.la legislazione penale.eu*, 3.2.2020, *passim*.

Questa strategia argomentativa è particolarmente interessante – anche volendo prescindere dal fatto che, come noto, vi sono buone ragioni per ritenere non configurabile il concorso colposo in delitto doloso – perché sembra che le sentenze che ammettono tale figura e la considerano nella motivazione lo facciano solo per evocare una *possibilità di tipicità*⁵⁸.

Ciò è icasticamente rappresentato dal fatto che tutte le sentenze che ammettono la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso finiscono per proporre, più o meno esplicitamente, in termini di equivalenza la

⁵⁸ La citata sentenza del G.u.p. di Roma (*supra*, nota 3), accompagna la figura del concorso colposo in delitto doloso all'invocazione del modello delle cd. cause indipendenti (il cui il cui fondamento normativo viene individuato nell'art. 41, co. 1 Cp): ciò avviene, ci sembra, in tutte le sentenze che ammettono la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso; sul punto, nella giurisprudenza recentemente espressasi in senso contrario all'ammissibilità della figura, poggiando solo sulla costruzione monosoggettiva della tipicità colposa, cfr. Cass. 5.10.2018 n. 57006; v. anche Cass. 19.7.2018 n. 7032, che contiene l'argomentazione che ci pare più condivisibile sul punto (*ibidem*, § 9 ss.); la citata sentenza è pubblicata in *RIDPP* 2019, 936, con nota adesiva di G. P. De Muro, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*; anche in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1.3.2019, con nota adesiva di P. Piras, *Svanisce il concorso colposo nel reato doloso*; sulla distinzione fra spettro applicativo dell'art. 113 Cp e cause indipendenti v. F. C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2013, 507; Cass. 21.1.2016, n. 50138, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.6.2019, con nota di C. Palmeri, *La distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, e la sua rilevanza, in un caso di lesioni in ambito sanitario*. La stessa scelta di individuare il fondamento normativo del concorso di cause indipendenti nell'art. 41 co. 1 Cp peraltro, si presterebbe ad autonome considerazioni critiche; cfr. O. Di Giovine, *Il contributo cit.*, 254, nota 10, 310; in dottrina si esprimono in senso contrario all'ammissibilità della figura del concorso colposo in delitto doloso T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, Milano 1983, 91; F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 177; F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Napoli 2012, 298; di recente una difesa della figura, in C. Borghi, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 marzo 2016, *passim*. Come noto, la questione è molto dibattuta soprattutto in giurisprudenza; a favore si veda Cass. 9.10.2002, in *RIDPP* 2005, 448, con nota di F. Serraino, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, la prima pronuncia che si è discostata dall'orientamento tradizionale contrario alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; Cass. 12.11.2008 n. 4107; v. anche Cass. 14.11.2007 in *GI* 2008, 279, F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale della psichiatra per atti eteroaggressivi del paziente*, in *RIDPP* 2009, 440; Cass. 20.9.2011, in *FI* 2012, 94, con nota e osservazioni di A. Merlo; Cass. 14.11.2007 n. 10795 (psichiatra che riduce terapia farmacologia a paziente che poi commette omicidio); Cass. 14.7.2011 n. 34385 (Dirigente Ufficio Pronto intervento della Questura per non avere ritirato arma di ordinanza a un Ispettore capo che aveva dato segni di squilibrio); Cass. 27.4.2015 n. 22042 (medico attesta che il paziente non aveva turbe psichiche e così permette ottenimento porto d'armi); Cass. 6.7.2016 n. 32567; v. altra ampia casistica in C. Borghi, *op. cit.*, 29, spec. nota 101; sul tema anche A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli 2013, 391 ss. e, più di recente, Id., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8.5.2020.

costruzione monosoggettiva (il cd. “concorso di cause indipendenti”) e quella plurisoggettiva.

Quest’ultima, però, è spesso solo ventilata e assume così la veste di un’opzione che viene invocata nella misura in cui permette di non scegliere: la condotta doverosa avrebbe impedito l’evento, o *comunque avrebbe agevolato* l’impedimento⁵⁹. Come a dire: la condotta è talmente tipica che l’ordinamento la contempla due volte.

La figura plurisoggettiva del concorso colposo in delitto doloso è un ottimo esempio di questo modo di motivare, perché per immaginare possibile questa costruzione giuridica occorre declinare in termini di mera potenzialità il nesso “psicologico” fra le condotte di cui all’art. 113 Cp: non è più la consapevolezza di cooperare, ma l’*eventualità* che le condotte si possano intersecare, a fondare l’obbligo del primo di *prevedere* e disinnescare la condotta del secondo.

Una terza fonte di legittimazione della prevedibilità discende poi dal suo tradizionale ruolo nella costruzione dell’addebito di colpa generica, anche se, come noto, sono diffuse in letteratura le riserve rispetto alla sua idoneità a svolgere tale funzione.

Il criterio della prevedibilità, infatti, nella prospettiva oggettiva/astratta che qui interessa, non si libera di un’ambiguità di fondo che in questo contesto normativo risulta molto evidente: non è *vero*, infatti, che il datore di lavoro può essere chiamato a rispondere di *tutte* le aggressioni astrattamente prevedibili ai danni dei lavoratori: la consapevolezza che uno di essi vive in un quartiere malfamato non rende addebitabile al datore di lavoro – che pure, come chiunque altro – avrebbe potuto prevederla, l’aggressione subita dal lavoratore sulla soglia di casa mentre si dirige verso il luogo di lavoro⁶⁰.

Tale ambiguità discende dal fatto che, per accertare la prevedibilità, occorre avere precedentemente messo a fuoco il soggetto in riferimento al quale tale accertamento deve essere condotto, ciò che, sul terreno della colpa, comporta

⁵⁹ Oltre alla giurisprudenza appena citata, si veda il caso dell’esonazione del Rio Fereggiano a Genova (Cass. 12.4.2019 n. 22214), dove l’invocazione dell’art. 113 Cp fu particolarmente travagliata, venendo ritenuto “implicitamente” contestato (ciò che fonda un motivo di impugnazione sulla mancata correlazione fra accusa e sentenza, superato dalla Suprema Corte; cfr. *ibidem*, 145).

⁶⁰ Non è infatti un caso che si possano agevolmente rinvenire pronunce della Sezione Lavoro che negano la risarcibilità del danno da parte del datore di lavoro per omissione di cautele volte a prevenire aggressioni di terzi, v. le già citate Cass. civ., sez. lav., n. 25883/2008; Cass. civ., sez. lav., n. 15350/2001; Cass. civ., sez. lav., n. 11710/1998.

l'annoso problema della previa ricostruzione del soggetto ideale rispetto al quale verificare la prevedibilità dell'evento⁶¹.

Non è questa la sede per affrontare le molte criticità sottese al concetto di agente modello⁶²; è necessario, tuttavia, soffermare l'attenzione su un dato

⁶¹ Mai come oggi il concetto di prevedibilità appare bisognoso di analisi nella nostra materia: se nella colpa è ormai nota la sua capacità estensiva del tipo, tramite lo strumento dell'agente modello, in altri contesti, come ricordato, sulla spinta della giurisprudenza sovranazionale viene utilizzato per sostenere le ragioni dello spostamento, sul piano delle garanzie *oggettive* della legalità penale, dell'accertamento della possibilità, in capo al consociato, di prevedere l'esito della decisione. Si moltiplicano, dunque, le figure ideali nel gioco delle previsioni: la metafora del legislatore, che effettua previsioni mentre predispone regole, in quanto tali ontologicamente protese verso il futuro; il giudice, che deve immedesimarsi nel consociato, onde verificare se gli fosse possibile prevedere l'esito della sua decisione e, al contempo, creare figure modello in capo alle quali accertare la capacità di previsione; il consociato stesso, che è autore – autonomamente o su commissione – di previsioni sia relative al possibile decorso degli eventi, sia alla possibile applicazione della legge. Trasposto sul terreno della colpa, questo sforzo corale di immedesimazione, da parte di soggetti ideali, gli uni negli altri, dovrebbe convergere verso uno *standard* unitario di prevedibilità per l'evento e per la condanna: quanto più prevedibile l'evento dannoso, tanto più prevedibile la condanna. Si ha invece l'impressione che in questo settore la prevedibilità non sia qualcosa che viene *garantita* al consociato, ma qualcosa che gli si *imputa*, a discapito dunque della rigorosa preservazione della verifica del grado di *pertinenza* e accessibilità della normativa che si invoca al fine di sostenere la condanna. Di recente, sottolinea la debolezza del criterio della prevedibilità in questo contesto, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 25, richiamando anche Ant. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, 284 ss., 287 ss. In generale, ricollegandoci al rilievo per cui le norme sono ragioni per agire (v. *supra*, nota 14) occorrerebbe non guardare con sospetto chi intenda la legge non come un insieme di buone o cattive ragioni (in senso morale) per agire o astenersi dall'azione, ma solo come un insieme di "*material consequences*" che egli ambisce a predire, essendo privo delle "*vague [...] sanctions of conscience*". Le parole in corsivo sono di Oliver Wendell Holmes, cui si deve appunto l'enucleazione del famoso *bad man approach*, nella famosissima opera del 1897 *The Path of the law*; cfr. M. Jimenez, *Findind the good in Holmes' Bad Man*, in *Fordham Law Review* (79), 2011, 2069; v. anche C. Luzzati, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 362.; A. D'Amato, "*Law*" as predicted by the "*bad man*", in *Jurisprudence. A Descriptive and Normative Analysis of Law*, a cura di A. D'Amato, Dordrecht 1984, 93.

⁶² La polisemia della prevedibilità, nel contesto della colpa, risiede, evidentemente, nella sua natura ibrida fra la dimensione oggettiva e quella soggettiva, cui si vuole conferire la capacità di conciliare esigenze concettuali intimamente diverse fra loro: da una parte, infatti, la sua vocazione "psicologica" le conferisce un'apparente autonomia dal piano "normativo" della legge scritta; dall'altra, però, la si definisce come elemento strutturale della dimensione oggettiva del tipo, ciò che porta a concepirla come un insieme di "categorie di previsioni", di agenti modello, e che illude della possibilità di preservarle, al contempo, una dimensione normativo-deontica di natura puramente oggettiva. Così, nel dibattito sulla colpa, dove è inizialmente emerso in funzione garantistica, il concetto della prevedibilità ha notoriamente assunto, nelle più blande varianti della "possibilità di prevedere", una funzione pan-inclusiva, sul versante normativo-oggettivo, di ogni tipo di rischio, portando una parte della dottrina a perorare la necessità del suo contenimento sul piano soggettivo, ovvero quello della totale immedesimazione nel soggetto concreto tratto a giudizio; cfr. A. Vallini, *op. cit.*, 22 (la prevedibilità per sua natura inerisce non già alla tipicità, ma al giudizio soggettivo di colpevolezza, v. anche *ibidem*, 14, in conclusione della nota 49, ove si sottolinea la facilità con la quale la "prevedibilità

apparentemente banale, ovvero su una specifica variabile che può o meno essere presente laddove ci si appresti a ricorrere al ragionamento proprio della colpa generica: alcune volte, la norma che si va a costruire appare inevitabilmente destinata a confluire in un contesto normativo ad alto tasso di positivizzazione.

Non si tratta di una variabile di poco conto: il dato del contesto positivo in cui si “ambienta” l’agente modello ha un notevole peso specifico, considerato che lascia un’evidente traccia nella motivazione della decisione, tracce che prendono la forma della ritrosia a chiamare le cose col loro nome (definendo

possa essere affermata, solo che lo si voglia, in qualsiasi caso, trattandosi di categoria altamente manipolabile, che si presta a mascherare esercizi di pure equità rispetto al caso concreto”); v. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., 389 ss. sullo spostamento della *Maßfigur* sul piano della colpevolezza; sulla prevedibilità come garanzia aggiuntiva rispetto al criterio della mera “causalità efficiente” si veda la ricostruzione in O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 16 (l’A., di recente, in *Autoresponsabilità*, cit. 19, nel contesto di una riflessione condotta in considerazione dei recenti ritrovati della psicologia scientifica, esprime perplessità riguardo la possibilità di tracciare un confine al di là del quale l’agente cessi di essere “modello” e diventi “tutto concreto”); di recente, sulla difficoltà di moltiplicare le valutazioni di tipicità in funzione delle singole figure modello, v. G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 5, dove l’A. si rapporta alla nota posizione, sul punto, di M. Donini (ad es. in *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss.; v. anche Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2019, 16, sul ruolo della prevedibilità). La necessità di mediare fra un aspetto “psicologico” e un aspetto “normativo” nella costruzione del tipo colposo è sentita da sempre in dottrina: nell’ambito di una letteratura sterminata, con grande diversità di accenti rispetto al ruolo dell’elemento della prevedibilità, v. G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 141, 177; Id., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 9; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 225, 253; Id., *Colpa e attività produttive*, cit., 392; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 13, ne parla come della «grande croce» del microcosmo della colpa, (anche 184; 436; 453-454; 468), sottolinea che la *pretesa di adeguamento* non può che essere accertata in senso normativo e non psicologico; *ibidem*, 166-167; M. Gallo, *Colpa penale*, cit., 627; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 16; M. Ronco, *Scritti patavini*, Tomo I, Torino 2017, 1301 ss.; G. Civello, *La “colpa eventuale”*, cit., 111, 165-166; F. Angioni, *Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano 2006, 1301; F. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 76; Id., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova 1993, 173, 242-249; Id., *La normatività della colpa penale*, cit., 97-100; Id., *La legalità della colpa*, in *Crim* 2008, 149; D. Micheletti, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *RTDPE* 2000, 620 ss.; Id., *La colpa del medico*, in *Crim* 2009, 195 ss.; Id., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Crim* 2011, 275, 298; Id., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, in *Crim* 2014, 345, 350 ss.; D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoreponsabilità o paternalismo penale?*, in *AP*, (2), maggio-agosto 2019, 12; Id., *La colpa penale*, cit., 291; Id., *L’evoluzione*, cit., 1608, 1627 ss.; Id., *La “colpa penale”. Misura soggettiva*, cit., 1732; nella manualistica C. F. Palazzo, *Corso*, cit., 323-324; v. anche, sui criteri di inferenza della normalità e della prevedibilità – sebbene in riferimento all’accertamento del dolo – F. M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Crim* 2010, 469.

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

24.4.2021

come colpa specifica ragionamenti propri della colpa generica) oppure, come abbiamo visto, quella di uno sforzo argomentativo fondato sui principi, teso a giustificare assiologicamente l'interpretazione estensiva.

Vi è, dunque, un dato: quando si inserisce la colpa generica in un contesto ad alto tasso di positivizzazione, le sentenze tradiscono quasi sempre notevoli sforzi di giustificazione esterna della decisione⁶³.

Questo perché in riferimento alla figura del datore di lavoro, modello o meno che sia, è impossibile non sentire la necessità di un legame qualitativo, normativo, con la fonte di rischio, cosa che comporta uno sforzo argomentativo, la risposta a un'esigenza che non si sente, ad esempio, quando parliamo del "padrone di cane" o del "fumatore che getta la sigaretta all'aperto d'estate".

In alcuni casi, dunque, non c'è solo la mancanza (di una disposizione): c'è una mancanza e un contesto, il cui peso, come visto, si avverte anche nelle sentenze che decidono di integrarlo⁶⁴.

Se ritorniamo all'esempio appena fatto – il datore di lavoro consapevole che il suo dipendente vive in un quartiere malfamato – e proviamo a colmare quella mancanza facendo ricorso al criterio della prevedibilità, ci accorgiamo immediatamente che questo necessita di una specificazione di grado, e non offre, ma anzi presuppone, parametri normativi che stabiliscano *quando*, in presenza di *quali circostanze di fatto*, qualcosa è prevedibile, ovvero, in questo caso, di criteri che specificino l'intensità del legame fra il rischio aggressione e il tipo di attività svolta.

Senza questo elemento, sembra che la norma cautelare che stiamo per costruire finisca per sembrare ultronea o rischi di tradire le stesse premesse dalle quali abbiamo dichiarato di voler partire⁶⁵.

Tale legame, prima ancora che normativamente, deve sussistere ontologicamente, nei fatti (oggetto di prova): è solo il contesto fattuale che

⁶³ Sulla nota distinzione fra giustificazione interna ed esterna, che si deve a J. Wróblewski, *Legal Syllogism and rationality of judicial decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 33 ss., si veda anche C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 115.

⁶⁴ Da un certo punto di vista, tutte le norme sono sempre inevitabilmente create grazie a un contesto e sono sempre altrettanto inevitabilmente destinate a confluirci (su questi concetti basti il rinvio a V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 40, 133; Id., *Contestualismo e interpretazione. Risposte ai miei critici*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, *passim*; C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 222), qui ci riferiamo alla variabile – che può invece darsi o meno – consistente nel fatto che la decisione debba rapportarsi con un sistema ad alto tasso di positivizzazione, come il TuSL o il CdS.

⁶⁵ Come crediamo accada al pubblico ministero della già più volte richiamata vicenda, nel momento in cui qualifica la posizione di garanzia del datore di lavoro come "di protezione"; cfr. *supra*, nota 44.

può rivelare se l'aggressione di terzi sia un rischio inscindibile dall'attività lavorativa⁶⁶.

L'invocazione della prevedibilità comporta sempre il rischio di mettere in secondo piano la considerazione del contesto perché, tra tutti gli elementi disponibili, si finisce per conferire preminenza al mero dato della sussistenza del rapporto di lavoro, così che il contesto finisce per essere apprezzato solo eventualmente ed attraverso lo sguardo del soggetto (ideale) che effettua la previsione: in quel contesto, dove è difficile distinguere fatto e diritto, vive il singolo datore di lavoro che utilizza il TuSL come strumento per effettuare previsioni. Qui si vede, per inciso, lo strettissimo legame che intercorre fra la definizione della posizione di garanzia e la dimensione delle regole cautelari: quanto più affidabile sarà il quadro delle seconde – come strumenti nelle mani del consociato – tanto più accettabile sarà ampliare la nozione di datore di lavoro, anche indipendentemente dalla sussistenza di rapporti formali (cosa che, come visto, già ampiamente avviene); si potrà infatti dire che l'assunzione anche in via di mero fatto di una posizione sovraordinata rispetto a un altro soggetto imponga di “rivolgersi all'ordinamento”: l'esigibilità di questo sforzo da parte del privato deve però essere direttamente proporzionale all'*affidamento* che questi può riporre negli strumenti specifici che l'ordinamento gli offre per garantire la sicurezza.

È dunque impossibile non sentire come nevralgica, in questo settore normativo, la necessità di poter ricorrere a indici normativi, che valorizzino *ex ante* elementi specifici del contesto concreto, predefinendo la natura tipica del rischio aggressione di terzi.

7. Sono noti i condivisibili moniti, in dottrina, rispetto agli eccessi nella oggettivizzazione della colpa e al conseguente rischio di mettere in ombra il doveroso spazio che deve essere riservato all'accertamento sul suo versante soggettivo⁶⁷.

⁶⁶ Il “dovere di riconoscere” fondato sulle circostanze di fatto (cd. “Anlass”); cfr., per tutti, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 208.

⁶⁷ Le posizioni di chi concorda sulla necessità del recupero di una dimensione soggettiva della colpa sono, come noto, anche molto distinte fra loro sulla collocazione dogmatica e le modalità del recupero di questo elemento; oltre alla dottrina già citata *supra*, alla nota 62, un quadro sintetico, ma esaustivo in D. Castronuovo, *La “colpa penale”*, cit., 1734. Con riferimento al diritto penale del lavoro, Id., *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo*, in *DPenCont*, 2016 (3), 222; N. Pisani, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2012, 150 ss., in particolare relativamente alle situazioni “attualizzanti” di quei doveri strumentali già più volte richiamati. Nell'esempio del seggiolino anti-abbandono, vi era stata – in un famoso caso avvenuto a Piacenza – un'assoluzione fondata sulla “amnesia dissociativa” in cui versava il padre, che aveva dimenticato il figlio in auto per molte ore, uccidendolo.

Non si può certo avere alcun dubbio sul fatto che la violazione della regola cautelare non possa essere, di per sé sola, colpa⁶⁸, ma si deve anche constatare che buona parte dei problemi derivanti dell'eccesso di oggettivizzazione della colpa derivano da un cattivo governo del materiale normativo utile all'integrazione del tipo. Se vi è un eccesso nella normativizzazione della colpa, in altre parole, è un eccesso di qualcosa che funziona poco. Ciò deriva, in gran parte, dal fatto che la normativa extra-penale che si rinviene nell'ordinamento e che preesiste al giudizio viene maneggiata ricorrendo a concetti spesso ritenuti intercambiabili, propri di tecniche argomentative estensive, che servono per modificare gli sforzi regolativi fatti dal legislatore: prima fra tutte l'argomentazione per principi⁶⁹.

Come tutti i principi, anche quello che la giurisprudenza riconduce all'art. 2087 Cc, lo si è detto, in astratto non si può non condividere: per questo, ogni sua specificazione, inserendo delle condizioni alla sua intrinseca forza espansiva, appare come un atto *maligno*⁷⁰.

⁶⁸ Testualmente, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., § 3.3.

⁶⁹ Un altro buon esempio è il concetto di "lacuna" (cfr. il passo di Brusco ripreso *supra* nota 7): sull'inevitabilità di lacune di tutela rispetto a fatti dannosi, e addirittura meritevoli di pena C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München 1997, § 5, Rn. 3: „dass auf diese Weise gelegentlich ein besonders raffiniertes, sozialschädliches und deshalb strafwürdiges Tun straflos bleibt, ist der (nicht zu hohe) Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit (d.h. die Berechenbarkeit des Einsatzes staatlicher Strafgewalt) zahlen muss“, ovvero: «il fatto che in alcuni casi un comportamento particolarmente raffinato, ma offensivo e pertanto meritevole di pena, resti impunito, è il (non troppo alto) prezzo che il legislatore deve pagare per la sicurezza del diritto (ovvero per la prevedibilità dell'impiego del potere punitivo statale) (trad. nostra)»; un altro Maestro, invece, diceva: «lacune (nel senso di assenza di regolamentazione legislativa) non sono presenti nelle fattispecie penali; ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale»; così G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *RIDPP* 2007, 1254.

⁷⁰ Il consenso sui principi dura finché non tentiamo di specificarli; C. Luzzati, *Principi e principi*, cit., 21; l'uso del termine *maligno* riecheggia la nota immagine di G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Milano 1996, ripresa in questo contesto da O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 142 ss. I principi, in materia di sicurezza sul lavoro, non si contano: ad esempio il (sub-)principio della *massima sicurezza tecnologicamente fattibile* (cfr. R. Guariniello, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano 2019, sub art. 15, 223); il principio della "priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale" art. 15, co. 1, lett. i) TuSL. (R. Guariniello, *op. ult. cit.*, 224); il "nuovo principio" del lavoratore non più semplice creditore di sicurezza, ma partecipante nella gestione della sicurezza (cfr. R. Guariniello, *La violenza*, cit., 13). E poi vi sono, ovviamente, i già richiamati principi di autoresponsabilità, di affidamento, ecc... tutti principi che la giurisprudenza afferma per poi spesso rinnegarli nella propria argomentazione; si veda ancora O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 2 (con particolare riferimento al principio di affidamento nell'infortunistica stradale); sul principio di autoresponsabilità, nel contesto di un'analisi comparatistica che evidenzia le peculiari difficoltà nel nostro ordinamento rispetto all'affermazione

Nel sostenere l'opportunità dell'esclusione dell'art. 2087 Cc dal discorso penalistico si è infatti anche detto che, laddove ciò avvenisse, non si sarebbe per questo automaticamente al riparo da un indiscriminato ricorso all'argomentazione per principi. Ciò non vuole, però, neanche dire che non sia possibile immaginare una contropinta, in grado di contenere la forza espansiva e mutagenica (dei sotto-eventi) propria di questo stile argomentativo.

Forse una soluzione può essere offerta dall'idea del rischio consentito, che, come già visto, plasma il precetto sin dal suo fondamento, ovvero dalla posizione di garanzia, che non può che essere di controllo in questa materia.

Come noto, però, la collocazione di questo concetto nella costruzione del tipo colposo è molto travagliata: discussi ne sono, infatti, non solo il fondamento, ma soprattutto la funzione rispetto alla struttura del tipo colposo⁷¹. Alcuni autori pensano il rischio consentito in termini residuali – ovvero come ciò che resta dopo avere definito le regole cautelari, ricomprendente dunque gli eventi infausti che derivano dalla pericolosità ineliminabile dell'attività, anche una volta rispettata la misura di diligenza richiesta⁷².

L'idea, quindi, è che il rischio consentito non contribuisca a definire il contenuto delle regole cautelari, ma che anzi esso presupponga l'esistenza di regole al di fuori di esso⁷³.

di tale principio v. anche M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in www.la legislazione penale.eu, 9.12.2020, *passim*.

⁷¹ Vi è, ad esempio, chi invoca la non contraddizione dell'ordinamento (operazione che crediamo non più sostenibile, almeno in questi termini, v subito *infra* nel testo); cfr. M. Gallo, *Colpa penale*, cit., 640; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 168; F. Mantovani, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *RIDPP* 2011, 415-416; un'accurata ricostruzione dell'evoluzione del pensiero della dottrina sul tema, di recente, in S. Zirulia, *Esposizione*, cit., 335 ss., si vedano anche le conclusioni - *ibidem*, 462 ss. – ove si sottolinea la necessità di conferire al rischio consentito “un ruolo autenticamente *selettivo* degli eventi lesivi imputabili”, alla luce della perdita di efficacia selettiva dei criteri di prevedibilità ed evitabilità rispetto ad attività strutturalmente pericolose (corsivo dell'A.).

⁷² In questo senso F. Mantovani, *loc. ult. cit.*; analogamente G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 456, distingue un'accezione lata, volta a designare il «vasto settore di attività che, benché pericolose, in generale possono essere esercitate» ed un'accezione ristretta, nel senso di «rischio residuale», non eliminabile neppure a seguito dell'assunzione di cautele, e dunque socialmente accettabile; con diversità di accenti, nel senso che il rischio consentito contribuisca a definire il contenuto della regola cautelare, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 206 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 296; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 14 ss.; M. Parisi, *Rischio consentito e responsabilità colposa*, in *GP* 1998, 647 ss.; M. Maiwald, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in *L'evoluzione del sistema penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino 1993, 175 ss.

⁷³ Nel senso che il rischio consentito è difficilmente pensabile nelle situazioni di vuoto normativo G.

Non si può che concordare, invece, con chi ritiene che il rischio consentito contribuisca direttamente a definire il contenuto nelle regole cautelari: anche qui, infatti, si è al cospetto di un valore, in astratto difficilmente contestabile, suscettibile di esplicitare una intrinseca funzione teleologica, che indica la triste *necessità* di preservare, nell'esercizio di attività ineluttabilmente pericolose, una quota di disgrazie senza colpevoli.

Lungi dall'essere qualcosa "che rimane", qualcosa di inerte che l'interprete si ritrova in mano a seguito della definizione del portato della regola cautelare, il rischio consentito è un fondamentale strumento di gestione del materiale normativo pertinente alla definizione del tipo colposo: tale concetto deve contribuire alla determinazione del portato della regola cautelare⁷⁴.

Nel contesto della (vera) colpa specifica il ruolo del rischio consentito è allora quello di recare un'indicazione teleologica che – nonostante la sua incapacità a predeterminare in astratto il contenuto delle regole cautelari a livello sintattico/semantico – certamente influisce sulla dimensione pragmatica delle regole extrapenali: esso esprime la necessità di preservare, in sede applicativa, la qualità di *regole* delle disposizioni extrapenali che definiscono il tipo, affiancando alla domanda "cosa vuole fare questa norma" quella relativa al *modo* in cui essa può farlo.

Questa esigenza deve poi essere rapportata al succitato fenomeno di frammentazione della colpa, così che l'accettabilità del grado di predeterminazione dipende anche dalla contestualizzazione della questione nel singolo settore. Riprendiamo una delle assunzioni iniziali: esistono settori

Forti, *Colpa ed evento*, cit., 310, nota 353; ripreso anche da S. Zirulia, *op. cit.*, 368.

⁷⁴ O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 383 ss. sottolinea che il concetto non riesce a segnare il confine della regola di diligenza, a causa della sua caratterizzazione meramente assiologica e preserverebbe una sua utilità solo in quanto capace di indirizzare il giudizio in termini teleologici. Pare a chi scrive che "rischio consentito" sia soltanto il nome che è stato dato, in questo contesto, a un'intuizione assiologica fondamentale derivante dalle garanzie che informano la nostra materia, ed è indicativo che si sia sentito il bisogno di un'etichetta specifica per rendere più afferrabile un'idea: indicativo della particolare problematicità del settore normativo della colpa; si può però dire che tale intuizione assiologica contribuisca a definire il contenuto delle regole cautelari, nella misura in cui ne (dovrebbe idealmente) sorveglia(re) l'applicazione in modo da farla coincidere con la loro funzione di strumento di prevenzione nelle mani del consociato; lo fa indirettamente, certo, perché quello che veramente "fonda" sono le lacune che stanno attorno alle regole cautelari, posto che le lacune – contrariamente a quanto si potrebbe intuire dal nome, e coerentemente invece a quanto evidenziato da Roxin e Marinucci nelle frasi riportate *supra*, in nota 69 – non sono autenticamente un semplice "vuoto", ma sono invece dense di assunzioni assiologiche; occorre infatti ricordare che «la stragrande maggioranza [delle lacune] sono lacune assiologiche», così Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 161; nello stesso senso O. Di Giovine, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Crim 2010*, cit., 359.

normativi più o meno permeabili al ragionamento della colpa generica. Questo è vero sia in fatto – perché decidere in base a regole predeterminate è più o meno facile a seconda del singolo contesto decisionale, ovvero esistono contesti decisionali in cui al consociato servono più strumenti di previsione offerti dalla fonte scritta – sia in diritto – posto che, come visto, la giurisprudenza, anche quando decide in base alla colpa generica, dimostra di non rinunciare a sostenere, anche contro ogni evidenza, l'esistenza di un collegamento con la fonte scritta (che non può che prendere le forme di un richiamo ai principi: l'art. 2087 Cc, i principi costituzionali, eccetera).

La tanto progressiva quanto inevitabile presa di coscienza dell'insostenibilità di alcuni dogmi che tradizionalmente definivano i tratti caratterizzanti del sistema giuridico (quali la sua completezza, coerenza, non contraddizione) e di alcune fragilità intrinseche dell'interpretazione-attività (la sua natura intrinsecamente analogica, l'impossibilità di pensare una sola risposta corretta), portano a rivedere il rapporto tra le fonti – legislativa e giurisprudenziale – in termini di necessaria reciproca integrazione⁷⁵.

Se le formulazioni degli artt. 12 e 14 delle Preleggi sono obsolete⁷⁶, ciò non vuol però dire che lo sia anche il loro spirito e che si debba rinunciare a

⁷⁵ Di recente, G. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.3.2020: «Da tale angolo visuale, non sembrerebbe, invero, del tutto azzardato o paradossale riconoscere come quello che, *bon gré mal gré*, continua a ricevere l'etichetta di 'sistema' (normativo) abbia in realtà progressivamente smarrito i tratti qualificanti (la coerenza interna, la capacità di armonizzare 'regole' e 'principi', l'attitudine a fornire gli strumenti per risolvere i casi dubbi, etc.) che una siffatta denominazione dovrebbe esigere e presupporre»; sull'impossibilità dell'unica risposta corretta v. M. Atienza, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion pratica* 2010, 45; C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 378; V. Velluzzi, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta"*, in *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, a cura di Vito Velluzzi, Pisa 2012, 19 ss.; sulla natura intrinsecamente analogica dell'interpretazione; cfr. M. Vogliotti, *op. cit.*, 29 e 59; O. Di Giovine, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., 358; S. Brewer, *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, in *Harvard Law Review* 1996, 923; J. Broome, *Reasons*, in *Reason and Value: Essays on the Moral Philosophy of Joseph Raz*, a cura di R. J. Wallace, M. Smith, S. Scheffler e P. Pettit, Oxford 2004 (versione datata 18 gennaio 2003); F. Macagno - D. Walton, *Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories*, in *Philosophy and Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, 2009, 154; R. A. Posner, *Reasoning by analogy*, in *Cornell Law Review*, Vol. 91 - Issue 3 March 2006, 761 e ss.; si vedano anche i contributi contenuti in *L'analogia e il diritto*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, *passim*; sulla insostenibilità del dogma della coerenza dell'ordinamento, nella nostra letteratura, l'approfondita trattazione di A. Spena *Diritti e responsabilità penale*, Milano 2008, 43 ss.

⁷⁶ Denunciava l'obsolescenza dell'art. 12 delle Preleggi ("il significato proprio" "l'intenzione del legislatore") F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1997, 243; è poi appena il caso di ricordare che, nell'art. 12 Prel. il ricorso ai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" è prospettato come strumento residuale, dopo il ricorso a "disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe".

individuare elementi che denuncino tanto la scarsa qualità del prodotto normativo di fonte legislativa quanto un'applicazione talmente estensiva della legge da non potere essere accettabile in diritto penale.

Su questo secondo versante, occorre osservare i segnali che fanno capire quando il giudice si sostituisce indebitamente al legislatore: un buon esempio può essere la sovrapposizione fra l'intervento del civile e del penale. Quando si sente una mancanza, ci si affretta a colmare quella lacuna in ogni sua manifestazione, ma quando lo si fa con *tutti gli strumenti possibili*, per di più impiegando i medesimi argomenti in entrambi i settori, deve essere forte il dubbio che si stia facendo una forzatura⁷⁷.

Un altro segnale – che emerge in modo evidente in tema di *security* – è che, immaginando l'intervento che si sente doveroso da parte del legislatore, non si può che constatare che questo non potrebbe esaurirsi in un intervento di mera “interpretazione autentica”, come quando, ad esempio, si specifica che anche l'energia elettrica è una cosa suscettibile di furto⁷⁸.

⁷⁷ Con riferimento allo specifico problema qui trattato, è icasticamente rappresentativo di tale sovrapposizione di piani il fatto che nel precedente più conferente, sul piano civilistico (la già citata Cass. civ., sez. lav., n. 4129/2002), l'argomentazione sia ricca di riferimenti a “principi” rinvenuti in precedenti penali (che poi, a ben vedere, non paiono così pertinenti). Quello della sovrapposizione fra queste due sfere di intervento (v. anche *supra*, nota 54) è notoriamente un *topos* trasversale alla nostra materia che sempre segnala punti di debolezza del sistema e crisi delle garanzie: si pensi, ad esempio, a quanto è avvenuto in tema di elusione fiscale, concetto che è servito per affermare, a volte, il “concorso” della nullità dei contratti e della punibilità delle operazioni poste in essere loro tramite, ma si può idealmente risalire fino a uno dei precedenti più tristi e noti, la *Blutschutzgesetz*, dove la *Mischehe* era al contempo nulla (§1) e punibile (§ 5).

⁷⁸ Il terreno dell'interpretazione autentica è, peraltro, alquanto sdruciolevole: in definitiva, la disposizione sopravvenuta, di “interpretazione autentica”, non è infatti che un'ulteriore proposizione normativa, che deve a sua volta essere interpretata. In argomento, senza pretesa di esaustività, P. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *GCos* 1964, 774; A. Predieri, *Interpretazione autentica e collisioni con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, in *Quaderni Nomos* 1989, 88; A. Amorth, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *RTrimDPub.* 1958, 77; A. Pugiotto, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *SI* 1997, 64; Id., *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*, in *GCos* 1998, 1194; M. Cavino, *L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente*, in *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, a cura di M. Cavino, Milano 2009, 43 ss., con ampi riferimenti dottrinali; per una convincente revisione in chiave critica delle posizioni tradizionali in materia di interpretazione autentica si veda A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003, *passim*; cfr. anche R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 81 ss.; con specifico riferimento alla questione interpretativa in diritto penale cfr. F. Palazzo, *Testo, contest e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 527.

Si è infatti detto che la *security* coinvolge moltissimi rischi di tipo diverso, spesso inscindibili da attività certamente utili alla collettività, ma che vengono addossati al privato, senza riflettere sul fatto che alcuni di questi sono spesso concretamente ingestibili senza strumenti di stampo pubblicitario: non solo regole scritte, ma concreti aiuti nel reperimento di informazioni, nel contesto di un dialogo fra pubblico e privato del quale persino la sicurezza nazionale, in definitiva, potrebbe finire per beneficiare.

Forse la colpa generica è veramente imbattibile, è troppo precisa, troppo appropriata, troppo adatta al caso concreto, troppo presente al momento giusto per rinunciare. Non si può però non vedere che parte di tale forza trae la propria linfa dalla fragilità della colpa specifica e che tale debolezza non discende tanto dalla scarsa qualità del prodotto legislativo, quanto dall'attività degli interpreti che, convinti di "applicare" una fonte scritta, finiscono in realtà per attribuirle caratteristiche relazionali di stampo assiologico (ad es. "principi") che finiscono per negare le stesse premesse del loro ragionamento, vanificando lo sforzo di chi ha predisposto quella legge, quello "strumento" di previsione.

Lo abbiamo visto: a volte l'art. 2087 Cc *fonda*, altre volte è *fondato*. Senza un antidoto all'argomentazione per principi, non vi sarà lacuna che non possa essere colmata.

In tema di cd. *security* si sta lasciando un enorme "spazio libero", che è lecito supporre non resterà tale a lungo, colmato da pronunce che non permetteranno di distinguere fra l'attività e la condotta – distinzione che la più autorevole dottrina ci ricorda come fondamentale⁷⁹ – e ci riporteranno un passo ancora più vicini alla verifica del paradossale esempio dell'inizio, dove il padre, sopraffatto dalla propria dispercezione della situazione di rischio (anche penale), rinunciava a portare il figlio all'asilo: non troppo diversamente, l'impresa potrebbe trovarsi a dovere, per "prudenza", rinunciare a un'attività certamente utile alla collettività⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 332, ripreso anche da G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 26.

⁸⁰ È appena il caso di notare che non solo si beneficerebbe delle attività all'estero (approvvigionamento energetico) ma, soprattutto, considerando uno scenario di *partnership* pubblico-privata improntata alla condivisione delle informazioni, l'impresa stessa può diventare avamposto di raccolta di informazioni relativamente a situazioni di instabilità estera che possono agevolare la tutela della sicurezza collettiva domestica. Solo per ordine concettuale, è bene ricordare che il tema dell'astensione – più volte emerso in questo lavoro – è contiguo alla pur diversa (lo sottolinea chiaramente De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 9) tematica della "colpa per assunzione", ovvero i casi nei quali il soggetto agente intraprende un'attività che eccede le sue capacità; per un inquadramento T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 261; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2017, 302; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1622 s.; Id., *La colpa "penale"*, cit., 218; F. Giunta, *La legalità*

Ritornando, in conclusione, a una prospettiva più ampia, abbiamo visto che definire la colpa come *normativa* è, in sé, ormai tanto inevitabile quanto poco significativo⁸¹. Si deve allora mettere l'accento sul *sollen*, e dire che la colpa penale *deve essere* normativa *in un certo modo*, posto che la normatività è al contempo una caratteristica intrinseca, ma anche graduabile della colpa e che non tutti i livelli di specificazione normativa possono essere sufficienti a integrare il tipo in modo soddisfacente: quando pensiamo alla parola “legge” nel testo dell'art. 43 Cp, non possiamo più solo pensare che il legislatore ci stia chiedendo di cercare un certo “oggetto”, qualcosa che c'è o non c'è, ma dobbiamo andare oltre e pensare a qualcosa che, quando c'è, deve essere (argomentativamente) trattato in un certo modo, preservato, perché questo esigono i *principi* che presidiano la nostra materia e che, per noi, devono contare più degli altri⁸².



della colpa, cit., 153; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 244; N. Pisani, *La “colpa per assunzione”*, cit., *passim*.

⁸¹ Nel senso che la natura normativa della colpa rischia di tramutarsi, da importante acquisizione, in un luogo comune, destinato ad alimentare incomprensioni, F. Giunta, *La normatività*, cit., 86 (ripreso in S. Zirulia, *op. cit.*, 357, nota 153).

⁸² Quando, invece, quel qualcosa non c'è, si dovrà almeno contemplare la possibilità, evidenziata nella nota frase B. Brecht, che l'ordine, a volte, possa essere la manifestazione di un'assenza (una *Mangellerscheinung*); è la citazione con cui si apre il testo di P. K. Feyerabend, *Contro il metodo*, Bologna, 1979, ormai ricorrente anche nella nostra letteratura.