

Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità penale del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza

di Rosa Palavera*

SOMMARIO: 1. *De sententia lata*. – 1.1. Il fatto, la contestazione, la condanna. – 1.2. Lo stupore della rete, la “matita blu” della dottrina, l’ipotesi della “svista”. – 2.5. Un profeta che non si stupisce, un difensore “d’ufficio” che non convince. – 2. *De iure condito*. – 2.1. L’art. 113 cod. pen. e l’art. 40 c. 1 cod. pen. – 2.2. L’art. 113 cod. pen. e l’art. 40 comma 2 cod. pen. – 2.3. L’art. 113 cod. pen. e l’art. 43 cod. pen. – 3. *De iure condendo*. – 3.1. Le incompressibili sfaccettature del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nel sistema di prevenzione e protezione. – 3.2. Il modello “collaborativo”, il modello “partecipato” e il rischio di una gestione “difensiva” della rappresentanza. – 3.3. L’opzione di una “via normata” per il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori nella sicurezza e la trappola dell’argomento del “figlio di nessuno”.

1. De sententia lata

1.1. *Il fatto, la contestazione, la condanna*

Ennesima tragedia sul lavoro. Un impiegato tecnico è in magazzino a movimentare un carico di tubolari in acciaio. Ricorre a un muletto per il trasporto, ma, non riuscendo a portare a termine in modo soddisfacente il posizionamento nella scaffalatura, cerca di provvedere “a mano”: il carico gli rovina addosso, uccidendolo.

Ennesima condanna del datore di lavoro¹. La sentenza di legittimità cristallizza i giudizi di merito sulle controversie circa la formazione per l’uso del macchinario, la prevedibilità della condotta del lavoratore e le caratteristiche della scaffalatura: in tutto, poco più di dieci pagine, dai contenuti tristemente usuali.

Nella parte conclusiva, tuttavia, una ventina di righe della motivazione sono dedicate a risolvere, in diritto, una questione (quasi²) *inedita*. È, infatti, condannato

* Rosa Palavera, ricercatore in Diritto penale *ex l. n. 240/2010*, art. 24, comma 3, lett. *b*), Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. rosa.palavera@uniurb.it.

¹ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914.

² Pur nella sorpresa generale, deve segnalarsi Cass. pen., sez. IV, 18 gennaio 2013 (dep. 23 settembre 2013), n. 39158, già così massimata: «il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e la prevenzione, può essere ritenuto (cor)responsabile del verificarsi di un infortunio, ogni qualvolta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto

il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, *in quanto tale*, per il suo *contegno omissivo*, in conformità alla contestazione che si riporta:

«A ..., in qualità di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, è stata ascritta la colpa specifica correlata a violazioni di norme in materia di sicurezza sul lavoro, per aver concorso a cagionare l'infortunio mortale di cui sopra, attraverso una serie di contegni omissivi, consistiti nell'aver omesso di promuovere l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, di sollecitare il datore di lavoro ad effettuare la formazione dei dipendenti (tra cui il ...) per l'uso dei mezzi di sollevamento e di informare i responsabili dell'azienda dei rischi connessi all'utilizzo da parte del ... del carrello elevatore»³.

La difesa aveva argomentato circa la colpa specifica: giacché l'art. 50 del d.lgs. n. 81/2008 non stabilisce in capo al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza *doveri* di controllo e vigilanza, non può essere "violato" per il semplice fatto della loro omissione⁴. Aveva argomentato poi sull'art. 40, comma 2 cod. pen., rilevando il difetto, in capo al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, di qualsivoglia posizione di garanzia⁵. Aveva argomentato, infine, con riguardo all'art. 40, comma 1 cod. pen., sottolineando come dal compendio probatorio non fosse emerso che l'attività omessa avrebbe impedito l'evento, quanto piuttosto che, con ogni probabilità, non avrebbe sortito sulle decisioni datoriali effetto alcuno⁶. A nulla è valso il suo argomentare.

l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione"». Come si vedrà, al di là della comunanza d'esito, in poche righe si ritrovano alcuni temi chiave per l'analisi della sentenza in esame: doveri di *sapere*, poteri trasformati in *obblighi*, possibilità di *presumere* la sussistenza del nesso di causalità (v. *infra*, rispettivamente § 3.3, 2.3 e 2.2).

³ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 3.

⁴ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 6: «Con il primo motivo, si deduce violazione di legge in relazione alle funzioni del Responsabile dei Lavoratori per la Sicurezza che, al momento del fatto (1° luglio 2011), dovevano ritenersi di mera collaborazione, difettando un'espressa posizione di garanzia in capo all'imputato. Al responsabile dei lavoratori non spettano funzioni di valutazione dei rischi, di adozione di opportune misure per prevenirli e nemmeno quella di formazione dei lavoratori, funzioni di mero appannaggio del datore di lavoro. Né gli spetta un'attività di controllo e di sorveglianza. Si tratta di un ruolo di mera "consultazione", che si traduce essenzialmente nella possibilità di esprimere un parere preventivo di cui il datore di lavoro può anche non tenere conto. Il rappresentante della sicurezza dei lavoratori non ha poteri decisionali e, di conseguenza, non sono previste, a suo carico, sanzioni amministrative e/o penali».

⁵ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 6: «Con il secondo motivo, si lamenta violazione dell'art. 40, cpv., cod. pen., poiché, in ragione di quanto sopra, l'imputato non poteva dirsi rivestito dell'obbligo giuridico di impedire l'evento».

⁶ Con il quale «si deduce violazione art. 40, comma 1, cod. pen. in riferimento alla ascritta condotta omissiva e al giudizio controfattuale. La Corte di appello non tiene in considerazione i principi giurisprudenziali in tema di reato omissivo o commissivo mediante omissioni. Se anche lo ... avesse comunicato al datore di lavoro quanto si assume fosse a sua conoscenza – ossia le modalità di prestazione dell'attività lavorativa del ... – è altamente probabile che detta comunicazione non avrebbe avuto alcun riverbero sulle decisioni aziendali, stanti la mancanza di potere in capo all'imputato e la piena conoscenza dell'attività posta in essere dall'infortunato da parte del datore di lavoro» (Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 6 ss.).

I tre distinti motivi sono stati ridotti «in sostanza al primo», ossia alla «dedotta assenza di una posizione di garanzia in capo allo stesso e di un qualsivoglia *potere* in grado di incidere sulle decisioni dell'attore di lavoro»⁷, e, così, per l'aspetto dei *poteri* almeno, agevolmente smentiti:

«Come è noto, l'art. 50 del d. lgs. 81/2008, che ne disciplina le funzioni e i compiti, attribuisce al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza un ruolo di primaria importanza quale soggetto fondamentale che partecipa al processo di gestione della sicurezza dei luoghi di lavoro, costituendo una figura intermedia di raccordo tra datore di lavoro e lavoratori, con la funzione di facilitare il flusso informativo aziendale in materia di salute e sicurezza sul lavoro»⁸.

Sulla trasformazione di *poteri in senso lato* in *doveri in senso stretto*, si tornerà a breve⁹. Della totale sovrapposibilità delle argomentazioni difensive, che per vero già nella sintesi compiuta dalla Corte appaiono ben più strutturate, sembra potersi dubitare. Ciò che è sicuramente *unico e unitario*, tuttavia, è il tranciante *argomento in diritto* che la Cassazione vi oppone. Essa osserva, infatti, che:

«nel caso di specie, viene in rilievo non se l'imputato, in tale sua veste, ricoprisse o meno una posizione di garanzia – intesa come titolarità di un dovere di protezione e di controllo finalizzati ad impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire (art. 40 cpv. cod. pen.) – ma egli abbia, con la sua condotta, contribuito a causalmente alla verificazione dell'evento ai sensi dell'art. 113 cod. pen.»¹⁰.

Conseguentemente, il ricorso all'istituto della cooperazione colposa diviene *risolutivo*, consentendo di fare piazza pulita non solo del secondo, ma anche del primo comma dell'art. 40 cod. pen.: il motivo relativo al quale, infatti, ancorché non sprovisto di supporto probatorio, è reputato «del tutto *congetturale*»¹¹ e «comunque *inconferente*» rispetto all'imputazione così ricostruita¹². Come si vedrà¹³, del resto, non resta traccia nelle argomentazioni della Corte nemmeno dell'esigenza

⁷ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 11, corsivo aggiunto.

⁸ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 11.

⁹ V. *infra*, § 2.3.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 11, che prosegue osservando come, sotto questo profilo, la sentenza impugnata avrebbe «illustrato adeguatamente i termini in cui si è realizzata la cooperazione colposa dello ... nel delitto di cui trattasi»: «richiamati i compiti attribuiti dall'art. 50 al Responsabile dei Lavoratori per la Sicurezza, ha osservato come l'imputato non abbia in alcun modo ottemperato ai compiti che gli erano stati attribuiti per legge, consentendo che il ... fosse adibito a mansioni diverse rispetto a quelle contrattuali, senza aver ricevuto alcuna adeguata formazione e non sollecitando in alcun modo l'adozione da parte del responsabile dell'azienda di modelli organizzativi in grado di preservare la sicurezza ai lavoratori, nonostante le sollecitazioni in tal senso formulate dal ...» (*ivi*, p. 11 ss.).

¹¹ Né in modo diverso potrebbe atteggiarsi un ragionamento per sua natura e funzione controfattuale: v. *infra*, § 2.1.

¹² Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 12.

¹³ V. *infra*, § 2.3.

di accertamento della colpa, i cui parametri collassano sul rilievo dei *poteri* (non attivati) dal rappresentante dei lavoratori, *a prescindere* da ogni indagine circa la *doverosità* del loro esercizio.

Per meglio orientarsi, tuttavia, occorre ponderare il reale potenziale destabilizzante delle *poche righe* di questa motivazione e collocarle nell'orizzonte delle diverse ipotesi esplicative.

1.2. *Lo stupore della rete, la "matita blu" della dottrina, l'ipotesi della "svista"*

La sentenza sembra essere stata reputata sinora immeritevole di attenzioni dalla più ampia platea dei penalisti, ma non è passata inosservata ai pratici, ai giuslavoristi e a quanti siano a vario titolo dediti alla disciplina ancipite del diritto penale del lavoro¹⁴, suscitando un diffuso sentimento di *stupore*¹⁵.

Preceduta da due gradi di merito le cui pronunce a una lettura postuma sono state definite «sorprendenti»¹⁶, la sentenza si sarebbe presentata «come un fulmine a ciel sereno»¹⁷, aprendo un «capitolo nuovissimo rispetto al passato»¹⁸ e facendo *esplodere* il «dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza»¹⁹. Una sentenza, in ogni caso, che «fa discutere»²⁰: tanto l'opinione pubblica, «sgomenta di fronte ad un provvedimento certamente curioso»²¹, quanto «lo studioso del diritto e l'operatore del settore», i quali pure «sicuramente incuriositi dal dispositivo della pronuncia», uscirebbero nondimeno «dalla sua lettura con più dubbi che certezze»²².

Non sono mancate doglianze, assai fondate, circa le inesattezze lessicali in cui l'estensore è incappato, dal probabile «refuso» del riferimento al *responsabile* dei lavoratori per la sicurezza in luogo che al loro *rappresentante*, fino a quello – meno

¹⁴ Sull'esigenza di dialogo e sull'esistenza di un linguaggio comune tra le discipline lavoristiche e penalistiche in tema di sicurezza, P. PASCUCCI, *La sentenza sulla tragedia della ThyssenKrupp tra diritto penale e diritto del lavoro*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2012, n. 135, p. 441 ss.

¹⁵ Cfr. la ricognizione delle note ciascuna delle quali, soprattutto se comparsa in siti di settore, è seguita da una pletora di commenti dal pubblico sulla pagina dedicata alla sentenza nel portale dell'Osservatorio Olympus (https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=30739:cassazione-penale,-sez4,-25-settembre-2023,-n-38914-lavoratore-investito-mortalmente-da-un-carico-di-tubolari-di-acciaio-responsabile-di-omicidio-colposo-anche-il-rappresentante-dei-lavoratori-per-la-sicurezza&catid=17&Itemid=138).

¹⁶ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2023, n. 41, p. 2430, ss. p. 2436 Il riferimento è a Tribunale di Trani, 17 gennaio 2019 (dep. 21 gennaio 2019) n. 129, e Corte d'appello di Bari, 11 marzo 2022 (dep. 8 agosto 2022) n. 1076.

¹⁷ F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna del RLS per omicidio colposo*, in questa "Rivista", 2023, n. 2, II, p. 33 ss.

¹⁸ B. DEIDDA, *Una china pericolosa: rovesciare sui lavoratori la responsabilità dell'organizzazione delle misure di sicurezza sul lavoro*, in "Questione giustizia", 9 ottobre 2023, ora in questa "Rivista", 2023, n. 2, II, p. 6 ss.

¹⁹ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2430.

²⁰ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. Storia, funzioni e responsabilità penale*, in questa "Rivista", 2023, n. 2, II, p. 20 ss., p. 23.

²¹ L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro in un sistema che fatica a farsi comprendere*, in questa "Rivista", 2023, n. 2, II, p. 9 ss e p. 10.

²² F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 34.

probabile, anche perché reiterato – relativo al rilievo dei suoi *compiti* in luogo che delle sue *attribuzioni*²³: i primi, ancora una volta, caratterizzanti nel linguaggio utilizzato dalla normativa la funzione del *responsabile* del servizio di prevenzione e protezione²⁴.

Le critiche più decise sono state mosse, tuttavia, sotto il profilo della ricostruzione *funzionale* della figura, rispetto alla quale la motivazione lascerebbe «interdetti, perché rivela la *totale incomprensione* della funzione del RLS all'interno dei luoghi di lavoro»: «è vero», prosegue il commentatore, «che nella motivazione si attribuisce al RLS “un ruolo di primaria importanza”, ma l'estensore della sentenza *deve averlo sentito dire, senza comprendere* l'essenza del ruolo medesimo»²⁵.

La decisione, infine, è stata censurata sotto il profilo sistematico: «in conclusione, nessuna argomentazione parrebbe idonea a “salvare” l'esito al quale approda, nel caso di specie, la Cassazione, dalle cui scarse motivazioni, alla luce sia dell'innovatività del risultato sia dell'apparente *revirement* circa le funzioni assegnate all'art. 113 c.p. nell'ambito dei reati omissivi impropri, era lecito e (qui sì senza dubbio) *doveroso* attendersi di più»²⁶.

In ogni caso, come è stato opportunamente rammentato, «le sentenze innanzitutto si rispettano»²⁷ e, soprattutto, non si possono cancellare: di talché, i commentatori, per quanto talvolta severi, si sono soprattutto adoperati per *contenere i danni* di una pronuncia chiaramente infelice, muovendosi in due direzioni.

Un primo filone, attingendo ai giudizi di merito, ha individuato una «circostanza ricca di implicazioni»²⁸ nella «veste di dirigente»²⁹ assunta dal condannato all'interno dell'azienda, *ovvero* nel suo far «parte del relativo Consiglio di Amministrazione, assumendo una specifica posizione di garanzia che, complice anche l'assidua presenza dello stesso sul luogo di lavoro nonché i ripetuti inviti rivolti all'imputato dall'RSPP al fine di introdurre sistemi prevenzionistici adeguati, hanno indotto i Giudici a pronunciare una sentenza di condanna e ciò a prescindere dal ruolo di RLS dallo stesso rivestito»³⁰. In questo modo, la pronuncia sarebbe ricondotta nell'alveo rassicurante dei precedenti³¹, guardando ai quali un imputato può trovarsi condannato *benché* rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, purché *ad altro titolo* accertato garante³².

²³ P. PASCUCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, in questa “Rivista”, 2023, n. 2, II, p. 1 ss., p. 3.

²⁴ Cfr., rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, art. 31 ss. e art. 50.

²⁵ B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 7.

²⁶ F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 46 ss., (*ivi*, p. 47).

²⁷ P. PASCUCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., p. 4.

²⁸ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2436.

²⁹ Così per Tribunale di Trani, 19 ottobre 2018, p. 30: la responsabilità andrebbe affermata «sia nella veste di dirigente all'interno dell'azienda sia di R.L.S.» ossia nella «precipua veste rivestita»; cfr. pure A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 31.

³⁰ L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 11. In questo senso anche F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 33, nt. 1, che rileva però poi correttamente come tale profilo non figuri nelle motivazioni della Cassazione.

³¹ Cfr. L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 12.

³² Per esempio, perché capo cantiere: cfr. Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2015, n. 11135.

Il tentativo non porta lontano. Innanzitutto, richiede di sorvolare sulla non coincidenza tra la figura del dirigente³³ e quella del membro del consiglio di amministrazione³⁴, nel secondo caso non potendosi certo considerare *automatica* l'attribuzione di una posizione di garanzia³⁵. Tanto più che, proprio per effetto della sua funzione, eventuali deleghe sulla sicurezza conferite al rappresentante dei lavoratori, ancorché nella sua qualità di membro del Consiglio di amministrazione, dovrebbero verosimilmente ritenersi nulle in radice. Del resto, non pare che alcun altro consigliere sia rimasto coinvolto nella vicenda, né che sia stata accertata l'esistenza di specifiche deleghe all'imputato, a prescindere dalla loro validità, o di altri elementi che potessero fondare, a carico di quest'ultimo, una posizione di garante *di fatto*³⁶.

Inoltre (e soprattutto), occorre prendere atto che tanto la contestazione per come definitivamente formulata e riportata in sentenza quanto il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione si esprimono in senso esattamente *contrario*, decidendo della responsabilità dell'imputato «*in qualità di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*»: a quel titolo «è stata ascritta la colpa specifica» per aver concorso a cagionare l'evento mortale³⁷. Di talché, come è stato osservato, «incorrerebbe in un palese equivoco chi non si rendesse conto che, piaccia o no, nella *sentenza del 25 settembre 2023*, la *Corte Suprema* evita qualsiasi pur minimo accenno alla qualità di membro del Consiglio di Amministrazione e a una responsabilità imperniata su tale qualità, e per contro conferma la *condanna* dell'imputato *con esclusivo riferimento al ruolo di RLS*, in tal guisa finendo per formulare un *principio altamente innovativo*»³⁸.

³³ Definita, per i profili che qui rilevano, al d.lgs. n. 81/2008, art. 2, comma 1, lett. d).

³⁴ L'attribuzione della qualifica sembra così precisata in Corte d'appello di Bari, 11 marzo 2022, p. 20. Cfr. pure R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2436.

³⁵ Il tema esonda l'ambito della sicurezza sul lavoro. Per una rassegna delle criticità, C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in "Criminalia", 2012, p. 641 ss.; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in "Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia", 2017, n. 3-4, p. 508 ss.; con riferimento ai diversi contesti di potenziale rilievo, A. GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in "Giurisprudenza italiana", 2016, n. 1, p. 214 ss.; T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in "Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario", 2015, n. 2, p. 383 ss.; D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in "Le Società", 2008, n. 7, p. 902 ss.; M. PIERDONATI, *Crisi dell'impresa e responsabilità penale del vertice nelle società: verso "nuovi equilibri" giurisprudenziali*, in "Diritto penale e processo", 2013, n. 8, p. 965 ss.; M. CAPUTO, *Dalla teoria dei "segnali di allarme" alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in "Rivista delle società", 2015, n. 5, p. 905 ss.; F. CENTONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in "Cassazione penale", 2008, n. 1, p. 109 ss.; F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in "Rivista delle società", 2007, n. 4, p. 722 ss.; nonché già A. CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci delle società: spunti de lege ferenda*, in "L'Indice penale", 1986, n. 2, p. 496 ss.

³⁶ Circa gli accertamenti necessari dell'ipotesi del garante di fatto, per alcuni aspetti opposta e sistematicamente complementare rispetto a quella dell'amministratore senza deleghe, L. GESTRI, *Le posizioni di garanzia in materia di sicurezza sul lavoro. Il garante di fatto*, Firenze, 2018.

³⁷ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 3, corsivi aggiunti.

³⁸ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2437.

Se ne rendono ben conto quanti optano per una diversa forma di *riduzione* della portata della pronuncia, classificandola come «*mera svista*»³⁹, un «solenne abbaglio»⁴⁰, insomma uno «scivolone della Suprema Corte, che andrebbe archiviato in tutta fretta», anche perché «non va sottovalutato il pericolo che qualche giudice di merito segua il cattivo esempio “perché l’ha detto la Corte”»⁴¹.

Deve convenirsi che plurimi e concordanti indizi militano per l’ipotesi di una *disattenzione*: la già menzionata messe di errori terminologici condensati in poche righe, la sferzante concisione della motivazione, poco comprensibile nel caso in cui si intendesse consapevolmente creare un “precedente storico”, nonché l’inserirsi della pronuncia in un apparente *continuum* di condanne, cui prendeva parte l’estensore di questa e nelle quali il riferimento all’istituto della cooperazione colposa risultava ubiquitario⁴². Chi si occupa di sicurezza sul lavoro ben conosce gli effetti «del lavoro monotono e di quello ripetitivo»⁴³.

Resta il fatto che l’origine eventualmente “*colposa*” dell’innovazione giurisprudenziale non di molto riduce, rispetto ai principi di diritto affermati, né il rischio “politico” da più parti rilevato (e di cui si dirà oltre⁴⁴), né quello “*nomofilattico*”: tanto più che l’esempio *inconsapevole* potrebbe essere emulato invece *deliberatamente*. Non tutti, infatti, sono così stupiti della sentenza, né altrettanto amareggiati.

1.3. Un profeta che non si stupisce, un difensore “d’ufficio” che non convince

Qualche mese prima della pronuncia, dalle colonne di una nota rivista di settore si era profetizzato il “dramma” del rappresentante dei lavoratori per la

³⁹ L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 13.

⁴⁰ P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza in caso di morte o lesioni del lavoratore*, in questa “Rivista”, 2023, n. 2, II, p. 48 ss., p. 66.

⁴¹ B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 8, che conclude con un laconico «*come si sa: quandoque dormitat bonus Homerus*». Ravvisa il medesimo rischio A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 30; più ottimisticamente per L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 13, si sarebbe trattato di «un giudizio un po’ troppo affrettato che auspicabilmente non verrà seguito in futuro».

⁴² Forse sull’onda della notorietà conferita all’istituto dalla sua applicazione in Cass. pen., sez. unite, 18 settembre 2014, n. 38343. Per il seguito in cui si innesta la pronuncia in esame, cfr. Cass. pen., sez. IV, 1° febbraio 2019, n. 4994; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 1755; Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2021, n. 16690; Cass. pen., sez. IV, 16 settembre 2021, n. 34326; Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2021, n. 35058; Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2023, n. 13288; Cass. pen., sez. IV, 24 luglio 2023, n. 31879; nonché l’immediatamente successiva Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38915.

⁴³ Per tutti, d.lgs. n. 81/2008, art. 15, comma 1, lett. *d*); cfr. pure F. CURI, *Profili penali dello stress lavoro-correlato*, Bologna, Bologna University Press, 2013, p. 27 ss., circa il rapporto (inverso) tra ripetitività e relazionalità nell’organizzazione del lavoro. Così P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954, p. 63, affresca il rischio che la giustizia sia avvinta dalla burocrazia, quando «gli uomini cessano di essere persone vive e diventano numeri, cartellini, fascicoli: una “pratica”, come si legge nel linguaggio degli uffici, cioè un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo disseccato».

⁴⁴ V. *infra*, § 3.2.

sicurezza, “*immaginando*”, anche sotto il profilo penale, l’ipotesi di una sua maggiore responsabilizzazione⁴⁵: la Corte di cassazione avrebbe *semplicemente* «trasformato questa congettura in una condanna»⁴⁶. In realtà, l’Autore non dovrebbe essere così modesto, giacché più che una *congettura* quello poi accolto dalla Suprema Corte era un autentico *auspicio*: «per conto nostro», si affermava in modo assai esplicito, «contrariamente a quanto si usa pensare, proprio in considerazione delle attribuzioni previste dall’art. 50 D.Lgs. n. 81/2008, il RLS entra nel catalogo normativo dei garanti della sicurezza. Né questo ingresso desta stupore»⁴⁷.

Può essere opportuno ricordare, per onor del vero, che la responsabilità (eventualmente, *esclusiva*) del rappresentante dei lavoratori era già stata invocata in passato dalle difese di alcuni datori di lavoro: nel senso di escludere la responsabilità dei loro assistiti, pertanto, e senza successo⁴⁸. Non sorprende che sia allora germinata l’idea, nella diversa prospettazione di cui si discorre, dell’assegnazione al rappresentante dei lavoratori di una posizione di garanzia invece *aggiuntiva*, congiunta o disgiunta da quelle del datore di lavoro e degli altri soggetti individuati dalla legge, secondo il modello della moltiplicazione delle responsabilità: cosicché il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, come ciascun garante, sarebbe obbligato *per la sua parte* (ossia secondo i suoi poteri e la sua funzione) e in conseguenza di ciò potrebbe trovarsi a rispondere dell’evento infausto *per intero*⁴⁹.

Poco tuonò, in breve piovve⁵⁰. Vedendo in così stretto lasso di tempo il suo sogno avverato, il preconizzatore ha tosto assunto il patrocinio della sentenza e, pur tacitamente prendendo lunghezze di distanza dalle imprecisioni di cui quella è costellata, ne difende l’esito sotto ogni profilo⁵¹. In particolare, sostiene che *compiti* e *attribuzioni*, qui con acribia ripartiti, siano *entrambi* sinonimi di *obblighi* e *tutti automaticamente fondativi*, in quanto tali, della posizione di garanzia dei soggetti cui sono attribuiti.

Se la premessa non può convincere già a livello lessicale, tuttavia, le conclusioni non tengono sul piano sistematico⁵². Né persuade l’argomento basato sulla circostanza che «l’art. 50, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008, nell’enumerare le attribuzioni del RLS, opera un eloquente distinguo: quanto all’attribuzione della lett. o), prevede che il RLS “può fare ricorso alle autorità competenti qualora

⁴⁵ R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza tra TUSL e interpellì*, in “Diritto e pratica del lavoro”, 2023, n. 31, p. 1922 ss..

⁴⁶ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2430.

⁴⁷ R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza*, cit., p. 1923, corsivi in originale.

⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 48286; nonché Cass. pen., sez. fer., 22 agosto 2013, n. 35424.

⁴⁹ R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza*, cit., p. 1924.

⁵⁰ Del resto, *era autunno da un pezzo*: fuor di metafora, l’impressione, come nel seguito si confida di illustrare, è che la sentenza sia il frutto “*naturale*” (e proprio perciò forse *inconsapevole*) di reiterate, progressive e perduranti torsioni dei principi generali del diritto penale: v. *infra*, §§ 2.1., 2.2., 2.3.

⁵¹ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2436 ss.

⁵² Prescindendo da qualsivoglia valutazione dell’idoneità di tali eventuali obblighi a costituire una posizione di garanzia. v. *infra*, § 2.2.

ritenga che le misure di prevenzione e protezione dai rischi adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi impiegati per attuarle non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro”, là dove usa l’indicativo per altre attribuzioni»⁵³. È assai verosimile, infatti, che il legislatore abbia inteso rafforzare la facoltatività dell’*unica* attribuzione che si sarebbe potuta diversamente scambiare per un *obbligo*, generante a sua volta attività *obbligate* nei soggetti destinatari della comunicazione. Il dubbio non può sorgere, per converso, in relazione al rapporto tra datore di lavoro e rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, del resto portatori di punti di vista per così dire fisiologicamente complementari: rapporto che, nella sua interezza, pare connotato da una simmetrica e ampia *libertà* nell’espressione e nella considerazione delle rispettive opinioni⁵⁴.

Infine, un ultimo sforzo di “salvataggio ermeneutico”, tentato forse nella coscienza della debolezza di una tale ricostruzione della posizione di garanzia, manca il segno: l’invito a che non «si trascuri il caso di cooperazione nel delitto colposo di soggetto non titolare di posizione di garanzia»⁵⁵, che la giurisprudenza avrebbe già in passato avallato. Il materiale giurisprudenziale offerto a sostegno, in realtà, limitato a una sola sentenza⁵⁶, non pare affatto pertinente, trattandosi di un caso – lancio di palloncini da una terrazza sulla folla, con ferimento di un passante – nel quale a tutti i soggetti coinvolti erano contestate condotte *commissive*. Non meraviglia, pertanto, la postulata irrilevanza dell’indagine circa una posizione di garanzia. Meraviglia, piuttosto, che la Corte si sia data il cruccio di precisare tale irrilevanza e ciò si spiega, per vero, solo con la contiguità della pronuncia con quella immediatamente precedente, resa nella medesima data, relativa però a un infortunio sul lavoro: con condotte *solo in parte commissive*, quindi, ma tenute da parte di soggetti con riferimento ai quali *tutti* la posizione di garanzia veniva *accertata* e ribadita in ogni passaggio della motivazione⁵⁷.

Ancora una volta, presso la magistratura che fa dottrina, l’ermeneutica è lo stile d’elezione per esporre ragionamenti *de iure condendo*: acciocché ne sia agevolata la trasformazione in “*vivente*” *iure condito* da parte della magistratura che pronuncia sentenze. A questo punto, però, il penalista sente davvero il bisogno di *rimettere a posto i mobili nella stanza*.

⁵³ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2434.

⁵⁴ Pur essendo le segnalazioni trascurate valutabili, come ovvio e al pari di ogni altra prova, al realizzarsi dell’evento avverso, in relazione alla coscienza del rischio da parte del datore di lavoro: cfr. Cass. pen., sez. IV, 16 maggio 2016, n. 20129; Cass. pen., sez. IV, 11 giugno 2010, n. 22558; Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 37983.

⁵⁵ R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2434.

⁵⁶ Cass. pen., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46992.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46991.

2. De iure condito

2.1. L'art. 113 cod. pen. e l'art. 40 c. 1 cod. pen.

Il tema della causalità è stato liquidato dalla sentenza in esame in due parole: «congetturale» e «inconferente»⁵⁸. Si tratta, in entrambi i casi, di argomenti di portata *assolutamente generale* e, in entrambi i casi, di sovvertimenti assai gravi dell'impostazione ordinamentale, correlati e distinti.

Il motivo è innanzitutto rigettato perché *congetturale*. L'argomento della natura ipotetica dei giudizi causali, con particolare riferimento alla causalità omissiva, già in precedenza prestatosi a tentativi di erosione degli standard probatori gravanti sull'accusa⁵⁹, qui è usato per sottrarre argomenti alla difesa. Privare di qualsivoglia valore *in bonam partem* il ragionamento *congetturale* sulla causalità significa precludere in radice ogni opzione difensiva fondata sull'assenza della prova certa circa la rilevanza causale del comportamento dovuto e omesso. Quel tipo di difesa, infatti, è *intrinsecamente e inevitabilmente* congetturale⁶⁰.

⁵⁸ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 12.

⁵⁹ Sul punto della probabilità mediobasse, non perde di attualità il riferimento a Cass. pen., sez. unite, 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328, su cui F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2002, n. 4, p. 1215 ss.; F. STELLA, *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2005, n. 1, p. 60 ss.; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005; F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in "Cassazione penale", 2007, n. 12, p. 4812 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in "Criminalia", 2012, p. 331 ss.; C. E. PALIERO, *Causalità e "probabilismo": la "svolta Franzese" tra punti fermi e questioni aperte*, in "Rivista italiana di medicina legale", 2022, n. 4, p. 981 ss.; R. BARTOLI, *Il nodo irrisolto della sentenza Franzese e le conseguenze nefaste nei processi d'amianto*, in "Rivista italiana di medicina legale", 2022, n. 4, p. 1071 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La sentenza Franzese, venti anni dopo: punti fermi e nodi irrisolti della spiegazione causale nel processo penale*, in "Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario", 2022, n. 4, p. 1047 ss.; G. CANZIO, *A vent'anni dalla sentenza "Franzese"*, in "Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario", 2022, n. 4, p. 969 ss.. Sul ruolo dello standard dell'oltre il ragionevole dubbio in tema di causalità e sulla diversa funzione da questa svolta nel diritto civile, M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in "Rivista critica del diritto privato", 2006, n. 1, p. 101 ss.; F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2005, n. 4, p. 1159 ss.; C. PIERGALLINI, *"Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2012, n. 4, p. 1299 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in "Cassazione penale", 2009, n. 1, p. 78 ss.; M. PENNASILICO, *Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale*, in "Rassegna di diritto civile", 2013, n. 4, p. 1295 ss. Sposta il focus critico sul piano probatorio R. BETTIOL, *Ammissibilità del procedimento indiziario ai fini della ricostruzione del nesso causale*, in "Diritto penale e processo", 2006, n. 12, p. 1547 ss. Sulla diversa impostazione secondo il modello della *perdita di chances*, F. D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della "vittima" effettiva e praticabile*, in "Cassazione penale", 2004, n. 7-8, p. 2543; M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sez. un. penali alle Sez. un. Civili*, in "La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata", 2008, n. 2, p. 143 ss.; A. APRILE – A. FABRIS – D. RODRIGUEZ, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, Padova, Padova University Press, 2014; cfr. pure, per il solo ambito civile, B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁶⁰ Il che non implica, ovviamente, che non sia passibile di prova (come pare essere stata offerta, per esempio, nel caso in esame). Cfr. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1988, n. 4, p. 1217 ss., ora in *ID.*, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1974, 2^a ed. 2000, p. 329 ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in "Rivista italiana di diritto e

È «facilmente intuibile», peraltro, come una tale difesa, nell'ipotesi di una “responsabilizzazione” del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, sia pressoché *sempre percorribile e potenzialmente decisiva*⁶¹. Come è stato bene osservato, «è inevitabile rilevare che anche l'idea che il datore di lavoro avrebbe accolto il suggerimento è meramente “congetturale”. Solo che è molto più improbabile. Certo è che il nesso causale tra il comportamento del RLS e la morte dell'operaio manca del tutto, non potendosi in alcun modo dimostrare che il semplice suggerimento al datore di lavoro sarebbe sicuramente valso ad evitare l'evento»⁶².

Si dice da più parti che l'art. 40 cod. pen. sia obsoleto⁶³. Pare piuttosto vero il contrario. Finché si trattava di giudicare omicidi perpetrati con colpi di revolver

procedura penale”, 2009, n. 2, p. 523 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, Giappichelli, 2010; F. MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in “Diritto & questioni pubbliche”, 2010, 4, p. 137 ss.; C.E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2015, n. 3, p. 1507 ss.; G. AZZALI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in “L'Indice penale”, 1993, n. 2, p. 249 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, n. 1, p. 32 ss.; da ultimo K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, ETS, 2013.

⁶¹ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 25 ss., che prosegue: «non può considerarsi un fattore causale efficiente e adeguato, poiché tra la sua azione/omissione e l'evento si frappone, pur sempre, la condotta (colposa) del garante principale, ossia il datore di lavoro nonché degli altri soggetti garanti (Dirigente, preposto, RSPP)». Ancora: «al massimo, si potrà sostenere che l'inerzia del RLS, consiste nell'omissione totale delle sue attribuzioni, aumenterà il rischio di inadempimento da parte dei garanti primari e secondari delle disposizioni che impongono loro di valutare i rischi e mitigarli o eliminarli attraverso l'attuazione delle misure di prevenzione», ma per il nostro ordinamento «è penalmente punito il mancato compimento di un'azione *giuridicamente doverosa* che, se fosse stata realizzata – secondo un giudizio probabilistico e predittivo basato sulla cd. credibilità razionale o probabilità logica –, avrebbe evitato il verificarsi dell'evento, ossia della morte» (*ivi*, p. 26 e 24). Più oltre, con minor precisione, l'A. sostiene che l'avvenuta comunicazione del rischio da parte del RSPP, senza ottenere effetto, avrebbe *interrotto* il nesso causale piuttosto che non dimostrato la sua insussistenza *ab origine* (*ivi*, p. 31).

⁶² B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 8. Sulla rilevanza dell'efficacia causale del comportamento alternativo lecito, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 659 ss. Prende le mosse dubitativamente dalla distinzione tra «poteri impeditivi “diretti” e poteri impeditivi “mediati”» per poi concludere circa la netta insussistenza del nesso causale P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza*, cit., p. 54 ss. e, per la conclusione, 66.

⁶³ Per taluni esempi, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2002, n. 2, p. 634 ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in “Cassazione penale”, 2003, n. 4, p. 1176 ss.; C. BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in “Cassazione penale”, 2004, n. 7-8, p. 2599 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in “Cassazione penale”, 2007, n. 1, p. 365 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2009, n. 4, p. 1679 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010; L. RAMÍREZ-LUDEÑA, *La causalità nelle nuove teorie del riferimento e le nuove teorie del riferimento nella dogmatica giuridica penale relative alla causalità*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2014, n. 2, p. 429 ss.; I. PUPPE, *Das System der objektiven Zurechnung*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, n. 4, p. 203 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in “Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario”, 2016, n. 1, p. 29 ss.; A. MURA, *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in “Cassazione penale”, 2017, n. 9, p. 3396 ss.; F. VIOLANTE - V. MANES, *Le oscillazioni del concetto di causalità tra medicina del lavoro e diritto penale*, in “Archivio penale”, 2021, n. 1,

a tamburo e pugnolate al cuore, quella previsione poteva forse dirsi inutile, perché scontata: messa invece alla prova dei temi della “modernità”, essa ha mostrato tutta la sua efficacia *selettiva*. In molti casi, allora, ha smesso di piacere.

A quanti non apprezzassero la sua vocazione *confinaria*, tuttavia, risulterebbe difficile modificarne il contenuto o le condizioni applicative senza indulgere a violazioni dei più alti principi dell’ordinamento penale. Un’impostazione causale diversa dalla *conditio sine qua non* contrasterebbe con l’art. 27 c. 1 Cost.⁶⁴; un accertamento diverso dalla sussunzione sotto leggi di portata generale contrasterebbe con l’art. 25 Cost.⁶⁵; uno standard di prova diverso dall’oltre il ragionevole dubbio contrasterebbe con l’art. 27 c. 2 Cost.⁶⁶. Solo in questo senso l’art. 40 cod. pen. può oggi dirsi *superfluo*: se non esistesse, lo si potrebbe pressoché interamente desumere dall’attuale Carta costituzionale.

Forse per questo motivo, il concetto di causalità in esso racchiuso può vantare portata assolutamente generale all’interno del sistema penale: opera in piena coerenza nell’accertamento della causalità commissiva come di quella omissiva, della causalità sul piano oggettivo e della cd. “causalità della colpa”, delle concause e delle cause sopravvenute, della causalità materiale e della causalità psichica, della responsabilità individuale e del concorso di persone. Come pure, senza dubbio, nell’accertamento della causalità per le ipotesi di *cooperazione colposa*⁶⁷.

Si giunge così alla seconda parola scelta dalla Cassazione: il motivo è rigettato perché *inconferente*. L’art. 40 cod. pen. non avrebbe nulla da dire in merito al caso in esame, perché la contestazione è mossa ai sensi dell’art. 113 cod. pen.⁶⁸: in altre

p. 307 ss.; O. DI GIOVINE, *Vedere e immaginare (controfattuali). Il ragionamento causale nella sentenza Franzese*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2022, n. 4, p. 1019 ss.; R. BLAIOTTA, *La sentenza Franzese: ascendenze e proiezioni nel futuro*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2022, n. 4, p. 1001 ss.

⁶⁴ F. STELLA, *Giustizia e modernità. Protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001, 3^a ed. 2003, p. 263 ss.; M. DONINI, *Il garantismo della conditio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all’analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2011, n. 2, p. 494 ss.

⁶⁵ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 90 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 339 ss.; C.E. PALIERO, *Le fattispecie “causalmente orientate” sono davvero “a forma libera”? (tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1977, n. 4, p. 1499 ss.

⁶⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 116 ss.; G. CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un’introduzione*, in “Cassazione penale”, 2006, n. 5, p. 1971 ss.

⁶⁷ Per tutti L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 27 ss.

⁶⁸ In tema, almeno C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952, p. 33 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit.; G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un’introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, Cacucci, 2012; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, Giappichelli, 2023; cfr. pure, anche per ulteriori riferimenti, S. SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2021, n. 2, p. 421 ss.; P. ALDROVANDI, *Il “nuovo volto” del concorso di persone nel reato colposo, tra dogmatica e giurisprudenza: osservazioni critiche alla teoria dell’“intreccio cooperativo”*, in “Indice penale”, 2018, n. 3, p. 527 ss. Con specifico riferimento alle realtà lavorative, d’impresa o comunque complesse, P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell’impresa*, Milano, Giuffrè, 1999; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, Pisa University Press, 2022; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 319 ss.; F. CONSULICH, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale*

parole, se non si può rispondere al requisito della *conditio sine qua non* oltre ogni ragionevole dubbio, basta sostenere che quello fissato dall'art. 40 cod. pen. è *soltanto uno* dei modi di attribuzione di un evento a un soggetto. Ne esisterebbero altri – *per esempio*, l'art. 113 cod. pen. – che di tale presidio *farebbero a meno*.

La tecnica non è certamente nuova. A espedienti simili si era già assistito nell'ambito delle evoluzioni (*recte, mutazioni*) delle teorie della causalità adeguata e della causalità umana: espressioni che richiamano tristi vicende dottrinal-giurisprudenziali in cui requisiti *aggiuntivi* rispetto a quelli fissati dall'impostazione condizionalistica, introdotti con lo scopo di *delimitare* l'area di rilevanza penale dei fattori causali, si sono poi visti trasformati in criteri di imputazione *alternativi*, con il patente intento di *ampliare* l'area del punibile o, quanto meno, di dare sollievo a un'accusa sempre più spesso in affanno probatorio⁶⁹.

Sembra ora giunto il turno dell'art. 113 cod. pen., anche se il tenore letterale del riferimento a un evento *cagionato da una cooperazione* non dovrebbe lasciare margine a una sua lettura come breccia per rinunciare al requisito della causalità. Se così fosse concesso, peraltro, ancora una volta, la sua compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale sarebbe revocata in dubbio⁷⁰. Del resto, tanto la sensibilità pregiuridica quanto l'epistemologia della scienza concordano: si è responsabili di un evento quando lo si è *cagionato*⁷¹. Forse non sarebbe dovuta servire la condanna di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza per rendersi conto della china su cui ci si era incamminati.

2.2. L'art. 113 cod. pen. e l'art. 40, comma 2 cod. pen.

In merito alla posizione di garanzia del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, la sentenza resta *muta*. I commentatori danno notizia che sarebbe stato gettato «nello stagno delle posizioni di garanzia un sasso (o meglio, un *macigno*)»,

d'impresa (e non solo), in “La Legislazione Penale”, 28 marzo 2022; G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in “La Legislazione Penale”, 3 febbraio 2020; D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in “Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”, 2011, n. 1-2, p. 153 ss.; N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in “Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”, 2009, n. 1-2, p. 123 ss.; ma già D. PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 1985, n. 4, p. 3 ss.

⁶⁹ Sulla scia delle teorie originariamente prospettate in J. VON KRIES, *Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung*, Freiburg i. B., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1886, p. 75 ss., e F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934, rist. Torino, Giappichelli, 1960 (sulla seconda, per precedenti storici, cfr. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 136 ss.). Esempi di strumentalizzazione in chiave *sostitutiva* in R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in “Cassazione penale”, 2007, n. 1, p. 365 ss. Opportuni rilievi critici in R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, cit., p. 60 ss.; ma già F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 1257 ss. dell'originale; cfr. pure F. STELLA, *La descrizione dell'evento*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 18 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 363 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 221 ss.

⁷⁰ Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 13 ss.

⁷¹ Cfr. E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1999, n. 2, p. 393 ss.

rilevano che il quesito resta irrisolto e sentono l'esigenza di contribuire costruttivamente a una risposta⁷².

In realtà, la Cassazione *risolve* la questione della posizione di garanzia e lo fa, anche in questo caso, con un argomento di portata assolutamente generale: non sarebbe necessario accertare la sussistenza di alcuna posizione di garanzia, giacché la contestazione è mossa ai sensi dell'articolo 113 cod. pen.

L'argomento è stato stigmatizzato come una «sorta di “dribbling”», un «artificioso stratagemma» che consente di superare l'«imbarazzo» di postulare una posizione di garanzia in assenza di norme fondative di tale posizione⁷³. Non può dirsi, tuttavia, che si tratti di un *escamotage* di breve momento: rimossa l'esigenza di accertare una posizione di garanzia, la cooperazione colposa potrebbe reputarsi *sempre* applicabile al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, svolgendo questi la sua attività, *fisiologicamente*, in *costante cooperazione* con gli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione⁷⁴.

Sarebbe inutile, quindi, ricordare che il nostro ordinamento «restringe la configurabilità della responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento *esclusivamente* alle ipotesi in cui il soggetto sia titolare di *un obbligo giuridico di impedirlo*»⁷⁵, perché tale previsione *non riguarderebbe* l'ipotesi di cui all'art. 113 cod. pen. Sarebbe irrilevante cogliere l'inesattezza della *reformulazione*⁷⁶ del dato normativo *ex* d.lgs. n. 81/2008 da parte della Cassazione. E sarebbero inchiostro sprecato tutti gli argomenti che con grande dovizia e convinzione i commentatori hanno speso per escludere la sussistenza della posizione di garanzia: argomenti che, di per sé, paiono davvero convincenti⁷⁷.

Anche sotto tale profilo, sembra opportuno qualche chiarimento. È stato osservato che il ruolo del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza «non consiste nell'esercizio di obblighi di alcun genere, ma solo nella facoltà di intervenire, a nome dei lavoratori, nel procedimento di adozione delle misure e delle cautele per garantire la sicurezza dei lavoratori», per il tramite delle attribuzioni previste dall' art. 50 del d.lgs. n. 81/2008, «così infelicitemente citato nella sentenza», e dei diritti che ne discendono: «nessuno di questi diritti o facoltà può essere trasformato in un obbligo, perché il loro esercizio è lasciato interamente

⁷² L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 12; cfr. pure A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 23. Anche laddove il quesito sia considerato risolto o la sua rilevanza ridimensionata, il punto della sussistenza o meno della posizione di garanzia è assunto come decisivo nella critica degli argomenti della Cassazione: in questo senso, B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 6 ss.

⁷³ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 27.

⁷⁴ Sul rilievo del legame psicologico tra i concorrenti, Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 1987 (dep. 21 aprile 1988), n. 4896; Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1982 (dep. 24 giugno 1982), n. 6247. Cfr. pure, con asseriti intenti contenitivi, L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1998, n. 1, p. 132 ss.

⁷⁵ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 24.

⁷⁶ Così L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 13.

⁷⁷ V. *retro*, § 1.2.

al giudizio del RLS», che ne «rende conto ai lavoratori che lo hanno eletto o designato e non certo al datore di lavoro o al giudice»⁷⁸.

D'altro canto, altri ha sperimentato «fatica» a condividere il «convincimento di chi esclude aprioristicamente la sussistenza di un qualsivoglia tipo di obbligo»: benché risulti «impossibile negare la stretta correlazione semantica» fra *attribuzioni* e *diritti*, nondimeno «paiono potersi ravvisare indici, se non sufficienti a mettere in crisi la citata impostazione ermeneutica, quantomeno meritevoli di essere tenuti in considerazione», anche alla luce dell'«impostazione generale del sistema», orientato «alla massimizzazione della sicurezza»⁷⁹. Del resto, se il rappresentante dei lavoratori non avesse *alcun obbligo*, si troverebbe in una posizione di “vantaggio”, apparentemente non sostenibile⁸⁰, rispetto a qualsiasi altro lavoratore, sprovvisto di tale qualifica⁸¹ (e così, per di più, anche delle conseguenti, specifiche garanzie⁸²).

Lo spunto, certamente meritevole di ulteriori riflessioni⁸³, potrebbe, tuttavia, risultare sviante per la questione in esame. Piuttosto, è opportuno rammentare che nel sistema penale la sussistenza di una posizione di garanzia non può essere automaticamente derivata dalla presenza di obblighi in capo al soggetto, ancorché articolati e orientati alla protezione di uno specifico bene⁸⁴. Da parte sua, del resto,

⁷⁸ B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 7. Analogo rilievo circa la distinzione tra attribuzioni e obblighi in A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 22. La Cassazione ha dato ampio rilievo alla distinzione in Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 48286, al fine di escludere la possibilità di delegare gli obblighi al titolare delle attribuzioni o, quanto meno, l'irrilevanza di tale delega ai fini dell'esclusione della responsabilità del datore di lavoro tentato delegante.

⁷⁹ F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 37. In questo senso anche R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2434 ss., ma già R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza*, cit., p. 1924 ss.

⁸⁰ V. *infra*, § 3.2.

⁸¹ Lavoratore tra i cui *obblighi* rientrano, infatti, quelli di cooperazione e comunicazione ex d.lgs. n. 81/2008, art. 20, comma 2, lett. a) ed e), in tema, S.M. CORSO, *L'obbligo di segnalare deficit della sicurezza in azienda a dieci anni dal d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81*, in questa “Rivista”, 2018, n. 2, I, p. 15 ss.; C. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoreponsabilità*, in questa “Rivista”, 2022, n. 1, I, p. 1 ss.

⁸² Cfr. F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 37. Si rammenta, infatti, che, ex d.lgs. n. 81/2008, art. 50, comma 2, «Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza deve disporre del tempo necessario allo svolgimento dell'incarico senza perdita di retribuzione, nonché dei mezzi e degli spazi necessari per l'esercizio delle funzioni e delle facoltà riconosciutegli, anche tramite l'accesso ai dati, di cui all'articolo 18, comma 1, lettera r), contenuti in applicazioni informatiche. Non può subire pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della propria attività e nei suoi confronti si applicano le stesse tutele previste dalla legge per le rappresentanze sindacali».

⁸³ V. *infra*, § 3.1 ss.

⁸⁴ In questo senso, circa il caso di specie, bene precisa A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 21 (corsivi aggiunti), che «un vero e proprio potere di determinazione o veto nella programmazione e successiva attuazione delle misure di prevenzione (...) non è previsto, ma che, se fosse normativamente riconosciuto, costituirebbe» – in realtà, *nient'altro che* – «il primo tassello per fondare un giudizio di responsabilità civile e penale del RLS». Per l'impostazione del tema nella dottrina penalistica italiana, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in “Diritto penale e processo”, 1999, n. 5, p. 620 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei*

l'articolo 113 cod. pen., con il richiedere che l'evento sia *cagionato cooperando* descrive chiaramente una condotta commissiva. La rinuncia alla tipicità di tale condotta, che opera, per esempio, rispetto a quella prevista da una fattispecie di evento a condotta vincolata⁸⁵, incontra in ogni caso questo limite. Per superarlo, ossia per ammettere la rilevanza di una condotta omissiva nell'ambito della cooperazione colposa, è necessario ricorrere ai principi generali: precisamente, anche in questo caso, al dettato dell'art. 40, comma 2 cod. pen.⁸⁶.

Chiara la direzione per la terraferma, si evita di finire in alto mare; discorso ben diverso riguarda, purtroppo, la scivolosità dell'approdo cui si è giunti. Il riferimento all'obbligo giuridico, come è noto, apre ad una ampia gamma di opzioni in senso lato *normative*, che divengono, di fatto, integratrici del precetto penale.

Si potrebbe pertanto dire che il sistema di *tutela multilivello* – qui, dei diritti dei lavoratori – risale almeno ai tempi della nostra codificazione prerepubblicana: probabilmente, del resto, non è più moderno del medioevo giuridico europeo⁸⁷. Nulla di cui scandalizzarsi, ma sarebbe bene esigere che ogni porzione normativa che *coopera all'incriminazione*, da qualsiasi parte dell'ordinamento (o fuori dall'ordinamento) provenga, risponda ai requisiti di fattispecie propri dei principi costituzionali oggi in vigore, a partire da quello di determinatezza e tassatività. Anche per accorgersi di questo, forse, non occorre attendere la condanna di un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

2.3. L'art. 113 cod. pen. e l'art. 43 cod. pen.

Un ultimo profilo invita a collocare la *svista* della Cassazione in più estesi orizzonti di erosione dei confini della fattispecie. Può trovare spazio qui solo qualche cenno: si tratta dell'elemento soggettivo del reato, attribuito per il caso in esame nella forma della *colpa specifica*, per aver «omesso di promuovere» e di «sollecitare»⁸⁸.

Per vero, è proprio in questo passaggio, più che nell'elusa questione della posizione di garanzia, che si può cogliere tutto il peso, nell'economia della motivazione, del sovvertimento del tenore letterale dell'art. 50 del d.lgs. n. 81/2008. Anche riconoscendo in capo al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza una

principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, n. 2, p. 337 ss.; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2004, n. 4, p. 984 ss.; C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in "Criminalia", 2020, p. 309 ss.

⁸⁵ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 94.

⁸⁶ Cfr. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., p. 6 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa: profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, cit., p. 102 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 492 ss.

⁸⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari, Laterza, 1995. Tra i penalisti, M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in "Cassazione penale", 2003, n. 6, p. 1808 ss.

⁸⁸ Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, p. 3.

posizione di garante, come pure invece ritenendo questa posizione superflua all'imputazione dell'evento nell'ambito della cooperazione colposa, per tale imputazione «ci vuole pur sempre “una colpa”»⁸⁹. E l'omissione, per essere colposa, deve “pur sempre” riguardare un comportamento *dovuto*⁹⁰.

Riscritte in obblighi le attribuzioni del rappresentante dei lavoratori, il giudizio deve esser parso alla Corte assai facile. L'imputato, nel caso concreto, sembrerebbe non aver fatto *proprio nulla*. Colpa specifica, la più semplice da accertare: giacché tutto il *doveroso* omesso è già *precisato* in una norma.

Precisato? Non pare proprio di poterlo sempre affermare. Quando le norme sono di ampio respiro, come quelle di natura extrapenale sono assai spesso, si mostrano in grado di *giuridicizzare* per richiamo tacito i contenuti più svariati. Colpa generica e colpa specifica si confondono⁹¹. Guardare alle norme *non basta più* (né basta, ovviamente, il buon senso del padre di famiglia). Ci si deve rassegnare all'idea che la colpa sia “*intrinsecamente indecifrabile*”⁹²? In fondo, il prospettato *obbligato* (*de iure condito* o *de iure condendo*) vorrebbe forse solo sapere *come rendersi ottemperante*: al fine di compiere, circa *quella* ottemperanza, la sua *decisione informata*⁹³.

Ciò gli è precluso: in un attimo si riaddensano le nebbie del contemporaneo medioevo multilivello. Ne costituisce esempio pachidermico l'art. 2087 cod. civ., proprio a proposito di questa sentenza individuato come «cardine» del sistema prevenzionale⁹⁴, e il reticolo di fonti (comprese quelle sovranazionali e di *soft law*)

⁸⁹ B. DEIDDA, *Una china pericolosa*, cit., p. 7.

⁹⁰ Sulle criticità sotto il profilo del principio di legalità nella ricostruzione delle ipotesi di insorgenza dell'obbligo di impedire l'evento, G. GRASSO, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo par. 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 1978, n. 3, p. 872, p. 912 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., p. 198 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 418.

⁹¹ F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione e colposa e discrezionalità giudiziale*, in “Diritto penale e processo”, 2016, n. 12, p. 1545 ss.

⁹² Così R. BLAIOTTA, *Dove va la colpa*, in “Diritto penale e processo”, 2021, n.10, p. 1281 ss. Per le criticità dei reati colposi sotto il profilo del principio di legalità, F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in “Giustizia Penale”, 2012, n. 2, p. 577 ss.; F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in “Criminalia”, 2008, p. 149 ss.; F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in “Diritto penale e processo”, 1999, n. 10, p. 1295 ss.; in tema cfr. pure A.R. CASTALDO, *La legalità quale prevedibilità nella colpa. Distorsioni giurisprudenziali ed effetti indesiderati*, in “Indice penale”, 2021, n. 2, p. 282 ss.; R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in “Criminalia”, 2012, p. 375 ss.; G. DE FRANCESCO, *Profili evolutivi delle categorie del reato alla luce dei principi fondamentali e della garanzia della legalità in materia penale*, in “Legislazione penale”, 2022, n. 2, p. 234 ss, p. 238 ss. con specifico riferimento alla sicurezza sul lavoro, C. PIERGALLINI, *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto “cedevole”*, in “Criminalia”, 2014, p. 387 ss., p. 390 ss.; C. BERNASCONI, *Il debito di sicurezza sui luoghi di lavoro: brevi considerazioni sulla sua problematica latitudine*, in “Giustizia penale”, 2014, 8-9, p. 476 ss.; nonché D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del preposto nella sicurezza sul lavoro*, in “Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia”, 2020, n. 1-2, p. 68 ss., circa la ricostruzione del *rischio esecutivo*.

⁹³ Opportunamente insiste sul tema della prevedibilità delle conseguenze da parte dell'eventuale garante Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2020 (dep. 3 dicembre 2020), n. 34344. In commento, S. DE BLASIS, *Precisa enucleazione della posizione di garanzia come criterio selettivo nel reato omissivo improprio*, in “Diritto penale e processo”, 2021, n. 4, p. 460 ss.

⁹⁴ P. PASCUCCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., p. 2; in senso critico, L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro in un sistema che fatica a farsi comprendere*, cit., p. 14;

che in esso trova eco, andando a costituire – letteralmente, *a perdita d'occhio* – il tessuto dei potenziali rimproveri di colpa. Ecco la radice dell'assuefazione a trasformare i diritti in doveri: laddove il contenuto dell'obbligo è indeterminato, tutto ciò che è (*anche solo* sul piano giuridico) *possibile* diventa (*anche proprio* sul piano giuridico) *doveroso*.

Se è facile allora dire che, qualora *obbligato*, sarebbe *in colpa* il rappresentante dei lavoratori che non avesse fatto *nulla*, più difficile è dire cosa esattamente dovrebbe fare il medesimo soggetto per dimostrarsi *diligente, prudente, perito*⁹⁵. A maggior ragione se la figura del *rappresentante dei lavoratori modello* viene ricostruita rileggendo con lo sguardo di oggi – del tempo dei *diritti che è doveroso agire* – la storia giuridica di una funzione che è invece maturata passo per passo, nei contesti storici che si sono succeduti e spesso faticosamente.

La distorsione della lettura diacronica del diritto è un fenomeno ben noto alle difese dei datori di lavoro imputati per reati colposi di evento, ma non sarebbe davvero meno insidiosa sul versante del rappresentante dei lavoratori. Del resto, il «glorioso quanto purtroppo poco valorizzato art. 9 dello Statuto dei lavoratori del 1970»⁹⁶, con qualche dose di simmetria, «garantiva ad organismi collettivi, espressione democratica dei lavoratori rappresentati, diritti soggettivi strumentali, diretti a rendere effettivo l'obbligo di sicurezza»: ossia quel medesimo obbligo datoriale che proprio l'art. 2087 cod. civ. aveva postulato⁹⁷.

È un *diritto*, certo, quello il cui esercizio è riconosciuto ai lavoratori mediante le loro rappresentanze. Ma se *quel* diritto si volesse trasformare in dovere, si dovrebbe ricordare che non si tratta, qui, soltanto di *promuovere* e *sollecitare* la diligenza prevenzionale del *datore di lavoro*, ma di «*controllare* l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali» e, in via diretta e a 360°, di «*promuovere* la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di *tutte* le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica»⁹⁸.

più ampiamente, sul rapporto tra il ruolo di controllo e promozione della sicurezza da parte della rappresentanza dei lavoratori e l'art. 2087 cod. civ., A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 20 ss. In tema, cfr. pure E. ERARIO BOCCAFURNI, *L'art. 2087 c.c. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in questa "Rivista", 2020, n. 2 II, p. 62 ss.

⁹⁵ Per rilievi all'art. 113 cod. pen. sotto il profilo del principio di legalità, A. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi "esemplari" di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in "Diritto penale e processo", 2004, n. 11, p. 1390 ss.; D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in "Criminalia", 2015, p. 509 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., p. 13 ss.

⁹⁶ P. PASCUCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., p. 2. Prospettiva storica anche in R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2431 ss. In tema, L. MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"?*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, I, p. 1 ss.; E. ALES, *L'art. 9 dello Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, n. 1, p. 57 ss.

⁹⁷ Così A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 21, che giunge ad affermare che, pur nella frustrazione dello «scarto notevole tra la radicalità del progetto iniziale e i suoi successivi sviluppi», quegli sviluppi «non facevano che restituire all'impresa (...) il proprio ruolo di responsabile dell'attuazione effettiva della sicurezza ambientale e organizzativa».

⁹⁸ L. n. 300/1970, art. 9.

Di nuovo si affaccia veemente l'istanza che *ogni tassello di una fattispecie incriminatrice* debba sottoporsi al vaglio di legalità, tassatività, determinatezza. Ben lo dovrebbe tenere a mente chi intenda, anche solo *de iure condendo*, prospettare per il rappresentante dei lavoratori, in nome della sicurezza, una *responsabilizzazione sotto il profilo penale*⁹⁹.

Anche in questo caso, comunque, la *svista* della sentenza in esame si incastona perfettamente in tendenze mai sopite e fa riflettere su questioni penalistiche rispetto alle quali la miglior dottrina è da tempo voce di canna sbattuta dal vento. L'apertura di un confronto critico è già un risultato, si potrebbe dire: ma quando la riflessione generale sul *diritto vivente* si giova della sorte di un condannato in via definitiva, non esiste una *colpa felice*. Meglio cominciare a pensare, con tutte le cautele che un autentico *tempo del dialogo per le norme* consente, alle potenzialità del *diritto vigente* che (magari) verrà.

3. De iure condendo

3.1. *Le incomprimibili sfaccettature del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nel sistema di prevenzione e protezione*

Si è già reso conto della sottolineatura pressoché unanime, tra i commentatori, dell'opzione normativa di descrivere, in relazione al rappresentante dei lavoratori, *attribuzioni*¹⁰⁰ e non obblighi. Può non essere peregrino, tuttavia, qualche ulteriore rilievo.

Prima facie, il dato è vistoso, perché nella normativa il riferimento a *obblighi* è assolutamente endemico: *obblighi, con tale espressa denominazione*, sono posti a carico del datore di lavoro¹⁰¹, del dirigente¹⁰², del preposto¹⁰³, dei lavoratori¹⁰⁴, di progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori¹⁰⁵, del medico competente¹⁰⁶, del committente, del responsabile dei lavori, del coordinatore per la progettazione e di quello per l'esecuzione dei lavori¹⁰⁷ e persino dei lavoratori autonomi¹⁰⁸. Non tutti gli *obblighi*, peraltro, sono *ex se* accompagnati dall'espressa minaccia di sanzione¹⁰⁹,

⁹⁹ V. *retro*, § 1.3.

¹⁰⁰ D.lgs. n. 81/2008, art. 50, ma cfr. pure artt. 48, comma 4, 49, comma 3.

¹⁰¹ D.lgs. n. 81/2008, artt. 17, 18, 26, 64, 71, 72, 73, 77, 80, 96, 97, 111, 116, 163, 168, 174, 235 ss., 248 ss., 271 ss., 289 ss.

¹⁰² D.lgs. n. 81/2008, artt. 18 e 96.

¹⁰³ D.lgs. n. 81/2008, artt. 19 e 96.

¹⁰⁴ D.lgs. n. 81/2008, artt. 20 e 78.

¹⁰⁵ D.lgs. n. 81/2008, artt. 22, 23 e 24.

¹⁰⁶ D.lgs. n. 81/2008, art. 25.

¹⁰⁷ D.lgs. n. 81/2008, artt. 90, 91 e 92.

¹⁰⁸ D.lgs. n. 81/2008, art. 94.

¹⁰⁹ A mero titolo di esempio, tra gli obblighi *ex se* sprovvisti di sanzione, si confronti quello di munire i lavoratori delle tessere di riconoscimento nei regimi di appalto e subappalto con quello di adottare le misure necessarie ai fini della prevenzione degli incendi e dell'evacuazione dei luoghi di lavoro in caso di pericolo grave e immediato: rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, art. 94, comma 1, lett. *u*) e *l*).

anche se ci sono, per usare un eufemismo, *ragioni di ritenere* che la loro violazione possa essere comunque tenuta in buon conto in caso di verifica dell'evento avverso.

Attribuzioni sono riconosciute agli enti pubblici¹¹⁰ e agli organi di vigilanza¹¹¹, mentre per il datore di lavoro, i dirigenti e i preposti, proprio in relazione all'esercizio delle proprie *attribuzioni* e nei limiti di queste¹¹², insorgono *obblighi* a loro carico¹¹³. La normativa prevede poi *facoltà*¹¹⁴, di cui alcune riservate appunto al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza¹¹⁵.

Quanto alla componente verbale, i lavoratori *devono*¹¹⁶, come pure i preposti¹¹⁷, i dirigenti¹¹⁸ e il datore di lavoro¹¹⁹: si tratta, tuttavia, di occorrenze non ubiquitarie, predominando l'utilizzo dell'indicativo presente, senza ricorso ad ausiliari. Senonché, questa medesima opzione verbale è scelta per le attribuzioni del rappresentante dei lavoratori, fatta eccezione per la previsione che questo *possa* fare ricorso alle autorità competenti laddove ritenga inidonee le misure di prevenzione e protezione adottate¹²⁰. Vi si potrebbe ravvisare un elemento di ambiguità¹²¹. Certo, per fare chiarezza *soccorre la rubrica*. Nel caso in esame, tuttavia, ciò *non è stato sufficiente* a evitare la condanna.

¹¹⁰ D.lgs. n. 81/2008, art. 9 commi 2 e 6.

¹¹¹ D.lgs. n. 81/2008, art. 14, comma 1.

¹¹² Almeno per il preposto, *ex* d.lgs. n. 81/2008, art. 56, comma 1.

¹¹³ Rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, artt. 18, comma 1 e 19, comma 1.

¹¹⁴ Per esempio, la facoltà di esercizio dei diritti della persona offesa da parte delle organizzazioni sindacali e delle associazioni dei parenti delle vittime, o la facoltà dell'impresa aggiudicataria di proporre al coordinatore di lavori integrazioni al piano di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, a condizione che non comportino modifiche dei prezzi pattuiti: *cfr.*, rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, art. 61, comma 2 e art. 100, comma 5.

¹¹⁵ Il riferimento a *funzioni* e *facoltà* è contenuto in d.lgs. n. 81/2008, art. 50, comma 2, ma in realtà, nello specifico, sono attribuite *con tale denominazione* soltanto la facoltà di chiedere la convocazione della riunione periodica nelle unità produttive fino a 15 dipendenti e quella di formulare proposte circa il piano di sicurezza e coordinamento dei cantieri temporanei e mobili: *cfr.*, rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, artt. 35, comma 4 e 102, comma 1.

¹¹⁶ D.lgs. n. 81/2008, art. 20.

¹¹⁷ D.lgs. n. 81/2008, art. 19.

¹¹⁸ D.lgs. n. 81/2008, art. 18.

¹¹⁹ D.lgs. n. 81/2008, artt. 18 e, *dipoi*, 28, comma 3*bis*, 29, comma 3, 32, comma 10, 34, commi 2 e 2*bis*, 43, comma 4, 87, comma 3, 216, comma 3, 225, comma 5, 228, comma 5, 229, comma 7, 270, comma 1, 286*quinques*, commi 1 e 2, 286*sexies*, 289, comma 2. Per alcuni *doveri* del responsabile del cantiere e del fornitore, d.lgs. n. 81/2008, artt. 137 e 227, comma 4; quanto al medico competente, d.lgs. n. 81/2008, artt. 229, comma 2, lett. *d*) e 259, comma 2. I componenti dell'impresa familiare *ex* art. 230*bis* cod. civ. e i lavoratori autonomi in parte *devono* e in parte *hanno facoltà* (così, rispettivamente, d.lgs. n. 81/2008, art. 21, commi 1 e 2). Non mancano, peraltro, *doveri* (almeno apparentemente) *erga omnes*: si vedano gli obblighi per *chiunque*, ma riferiti in realtà a noleggiatori e concedenti in uso, o quelle per chi intenda impiegare ponteggi, di cui al d.lgs. n. 81/2008, artt. 72, comma 2 e 131, comma 6. Curiosamente, per il rappresentante dei lavoratori, il modale *deve* è usato in un contesto di chiara attribuzione di diritti (d.lgs. n. 81/2008, art. 50, comma 2), mentre la locuzione *ha diritto* si ritrova in relazione al (verosimilmente) *obbligo* di formazione (d.lgs. n. 81/2008, artt. 37, comma 10 *ss.* e 48, comma 7, con riferimento al rappresentante territoriale).

¹²⁰ *Cfr.* il tenore complessivo del d.lgs. n. 81/2008, art. 50 con la specifica previsione di cui al comma 1, lett. *o*).

¹²¹ In questo senso, R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2434; R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza*, cit., p. 1924 *ss.*

Del resto, come accennato¹²², l'assoluta insussistenza di obblighi a carico del rappresentante dei lavoratori ha suscitato qualche perplessità anche tra i critici della pronuncia¹²³, né pare cogliere nel segno l'argomento di una sua possibile differenziazione dal responsabile del servizio di prevenzione e protezione perché, a differenza di questo, non apporterebbe «alcun sapere specifico ulteriore» mediante lo svolgimento della sua funzione¹²⁴.

Invero, se l'apporto di sapere *scientifico* o tecnico in senso stretto, da parte del rappresentante dei lavoratori, non è affatto escluso, ma semmai *eventuale* (ancorché forse atipico¹²⁵), le informazioni che *solo* o, comunque, *in modo del tutto speciale* chi rivesta questa funzione può offrire a un sistema di valutazione dei rischi sono numerose, rilevanti e assai variegate. La loro varietà, infatti, riguarda tanto le *fonti* e le occasioni di reperimento – che spaziano dalla rilevazione diretta al colloquio con i lavoratori, al dialogo con esperti esterni o con colleghi di altre realtà lavorative – quanto i *contenuti* e la natura dei diversi possibili contributi.

Il rappresentante dei lavoratori, innanzitutto, può offrire informazioni di natura tecnica specificamente riferite alla concreta realtà lavorativa, nella quale può muoversi con assoluta libertà, ma anche e soprattutto in condizioni di attività per così dire “ordinarie”, laddove eventuali “visite” del responsabile o del datore di lavoro potrebbero ingannevolmente generare livelli di attenzione e cautele inusuali. Egli può, inoltre, fornire informazioni sui fattori relazionali incidenti sulla sicurezza, quali eventuali carenze di consapevolezza, difetti di comprensione delle direttive ricevute, disagi oggettivi o soggettivi nell'ottemperanza alle prescrizioni impartite, manifestazioni di stress non rilevabili a livello clinico o, ancora, conflitti

¹²² V. *retro*, § 2.1.

¹²³ Cfr. F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 37 ss. Anche se l'osservazione in sé è condivisibile, gli esempi nel seguito portati non convincono del tutto. Si osserva, infatti, *ivi*, p. 44: «Nel caso in cui il RLS venga a conoscenza di tali situazioni di pericolo durante l'esercizio delle proprie funzioni, in forza, da un lato, della maggior formazione di cui egli beneficia, nonché, dall'altro lato, della propria vicinanza con i lavoratori (i quali potrebbero ritenere più “sicuro” e “fruttuoso” segnalare tali rischi al loro rappresentante piuttosto che agli organi apicali o ai preposti), e ne ometta la segnalazione ai “responsabili dell'azienda”, pochi dubbi sussisterebbero sulla possibilità di qualificare il suo contributo omissivo come “strumentale” rispetto al successivo eventuale insuccesso del complessivo processo di prevenzione del rischio-reato». In realtà, essendo il datore di lavoro libero di respingere i suggerimenti del rappresentante dei lavoratori, la valutazione sotto il profilo causale non potrebbe che sfociare in un mero giudizio probabilistico, non rispondente allo standard dell'oltre il ragionevole dubbio. Inoltre, anche qualora l'omissione si rivelasse in concreto e con certezza condizione contingentemente necessaria dell'evento, essa rilevarebbe sotto il profilo penale solo in presenza di un obbligo giuridico di un impedirlo. In altre parole: *non* la causalità può fondare l'obbligo, quanto piuttosto *solo un (preesistente) obbligo giuridico* può rendere rilevante l'eventuale nesso causale. Correttamente individua la posizione di garanzia come «primo filtro selettivo», P. BRAMBILLA, *Alcune riflessioni critiche sul riconoscimento della responsabilità penale in capo al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza*, cit., p. 65

¹²⁴ F. CONTRI, *Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna*, cit., p. 42.

¹²⁵ Il tema del contributo esperto in veste sindacale non è nuovo: cfr. già, entrambe in nota a Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 1980, n. 6339, G. PERA, *Le rappresentanze costituibili dai lavoratori per la tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in “Giustizia civile”, 1981, p. 289 ss.; *contra*, non senza validi argomenti, M. PETROCELLI, *L'art. 9 della legge n. 300 del 1970 ed i poteri di controllo dei lavoratori: una decisione negativa della Cassazione*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 1981, p. 668 ss.

interpersonali in grado di ostacolare la necessaria cooperazione tra lavoratori. Non solo: grazie alla rete di relazioni esterne di cui spesso si giova, egli può fornire suggerimenti basati sulle esperienze di realtà lavorative affini, con riferimento tanto alla rilevazione di criticità, quanto al reperimento di soluzioni tecniche o organizzative. Infine, egli può trasmettere ricognizioni relative ai *giudizi di valore* inevitabilmente coinvolti nel procedimento di valutazione dei rischi e, in particolare, alle opinioni che su di essi possono esprimere i soggetti alle stesse più direttamente interessati, ossia i lavoratori.

Quest'ultimo profilo appare di particolare rilievo. Come noto, è *impossibile* addivenire a una valutazione dei rischi che sia *del tutto oggettiva*: la scienza può fornire informazioni qualitative e quantitative che consentono di caratterizzare i rischi, ma *non* offre strumenti decisivi per assumere le scelte conseguenti, che sono frutto della combinazione di fattori oggettivi con bilanciamenti tra costi e benefici inevitabilmente determinati dai valori relativi attribuiti agli stessi¹²⁶. Sotto questo profilo, come si era già evidenziato in relazione all'impianto del d.lgs. n. 626/1994, l'attuale sistema della sicurezza sul lavoro soffre di un'autentica *tara d'origine*, attribuendo al datore di lavoro, insieme con la responsabilità di fatto costante per il realizzarsi di morti, malattie e infortuni, anche la titolarità pressoché esclusiva delle decisioni riguardanti il loro contrasto¹²⁷. Di talché sui contenuti dialogici e

¹²⁶ La divergenza delle opinioni circa le decisioni sul rischio, del resto, è riconosciuta trasversalmente tra i fautori di impostazioni radicalmente opposte circa le opzioni di gestione di tali divergenze, come è emerso in modo assai vivido nel dibattito internazionale e, in particolare, nell'area di *common law*, durante gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore, in Italia, del d.lgs. 626/1994: cfr., con diversi accenti, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Science policy, ethics, and economic methodology. Some problems of technology assessment and environmental-impact analysis*, Dordrecht - Boston - Lancaster, D. Reidel, 1985; K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Risk analysis and scientific method. Methodological and ethical problems with evaluating societal hazards*, Dordrecht - Boston - Lancaster, D. Reidel, 1985; K.S. SHRADER-FRECHETTE - L. WESTRA (a cura di), *Technology and values*, Lanham - Boulder - New York - Oxford, Wiley-Blackwell, 1997; D.J. FIORINO, *Technical and Democratic Values in Risk Analysis*, in "Risk Analysis", 1989, n. 9, p. 293 ss.; B. FISCHHOFF - S. LICHTENSTEIN - P. SLOVIC - S.L. DERBY - R.L. KEENEY (a cura di), *Acceptable risk*, Cambridge - New York - Oakleigh, Cambridge University Press, 1989; R.P. HISKES, *Democracy, risk and community. Technological hazards and the evolution of liberalism*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1998; O. RENN, *Three decades of risk research: accomplishments and new challenges*, in "Journal of Risk Research", 1998, n. 1, p. 49 ss.; R.W. HAHN - C.R. SUNSTEIN, *A new executive order for improving federal regulation? Deeper and wider cost-benefit analysis*, in "University of Pennsylvania Law Review", 2002, n. 5, p. 1489 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law*, in "Yale Law Journal", 2002, n. 112, p. 61 ss.; M.D. ADLER - E.A. POSNER (a cura di), *Cost-Benefit Analysis: Economic, Philosophical, and Legal Perspectives*, Chicago, University of Chicago Press, 2001; M. D. ADLER, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, in "Minnesota Law Review", 2003, n. 87, p. 1293 ss.; P. SLOVIC, *Perceived risk, trust, and democracy*, in "Risk analysis", 1993, n. 6, p. 675 ss.; P. SLOVIC, *Trust, Emotion, Sex, Politics, and Science: Surveying the Risk Assessment Battlefield*, in "University of Chicago Legal Forum", 1997, n. 1, p. 59 ss.; P. SLOVIC, *The perception of risk*, Abingdon - New York, Taylor & Francis, 2000; P. SLOVIC, *The feeling of risk. New perspectives on risk perception*, London - New York, Earthscan, 2010.

¹²⁷ F. STELLA, *Il decreto legislativo 626 e la Costituzione. I rischi penali incombenti sugli imprenditori*, Milano, 1999, p. 7 ss.: solo «una legge dello Stato individua le regole tecniche, ne dà una *valutazione* nell'interesse della collettività, e le indica come punti di riferimento cogenti per il privato. È salvato così il principio di democrazia e il principio della riserva di legge, ed è soddisfatta l'esigenza di una valutazione dell'interesse collettivo (dei fini sociali di cui parla l'art. 41 cpv. della Costituzione)». Cfr. pure F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in

sull'efficienza dei relativi canali comunicativi riposa, in buona sostanza *per intero*, la possibilità che il modello *collaborativo*¹²⁸, propugnato in chiave di estensione soggettiva delle ipotesi di responsabilità, divenga anche un modello autenticamente *partecipato*.

Appare allora evidente come, da un lato, *nessuna* delle potenzialità informative specifiche del rappresentante dei lavoratori possa considerarsi rinunciabile in un sistema di valutazione dei rischi costituzionalmente orientato, ma altresì come esse compongano un insieme incomprimibilmente sfaccettato¹²⁹, a fronte del quale l'*ambiguità* del dato legislativo che lo riguarda potrebbe non apparire più casuale, aprendosi a uno spettro di situazioni che solo la discrezionalità del singolo rappresentante potrebbe di volta in volta riconoscere.

Tanto al penalista dovrebbe bastare, a ulteriore conferma di quanto sinora sostenuto: se anche si volessero rinvenire nella normativa attualmente in vigore *obblighi* in capo al rappresentante dei lavoratori, l'assoluta indeterminatezza della loro formulazione e la radicale eterogeneità dei loro contenuti dovrebbe escludere in radice la possibilità di una loro rilevanza penale.

Tuttavia, come si è visto, ogni indeterminatezza nel linguaggio del legislatore, ancorché motivata dalla fiducia nella discrezionalità del destinatario della norma¹³⁰, si trasforma poi in un varco aperto alla discrezionalità del giudice. In una prospettiva di riforma, allora, una ponderata *tipizzazione di alcuni obblighi* del rappresentante dei lavoratori – come pure l'esplicita esclusione dell'obbligatorietà di alcune o di tutte le sue attribuzioni – potrebbe costituire lo strumento più adatto non solo per una più precisa responsabilizzazione, ma anche per scongiurare la creazione giurisprudenziale di una *generale e indeterminata posizione di garanzia* a suo carico, con tutte le conseguenze che essa comporterebbe.

“Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2003, p. 1281, p. 1285 ss.; nonché, per rilievi analoghi, ma di portata più generale, B. SCHÜNEMANN, *Principles of Criminal Legislation in Post Modern Society: The Case of Environmental Law*, in “Buffalo Criminal Law Review”, 1997, n. 1, p. 175 ss.

¹²⁸ Così R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza*, cit., p. 1923. Il riferimento è un passaggio, citato tra virgolette ma senza indicazione della fonte, di Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2022, n. 2173: «si è passati da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro, investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, ad un modello “collaborativo”, in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori, parimenti gravati dall'obbligo di osservanza di specifiche disposizioni cautelari e di agire con diligenza, prudenza e perizia».

¹²⁹ In questo senso può condividersi l'affermazione contenuta in R. GUARINIELLO, *Lavoratori e Rls garanti della sicurezza anticoronavirus*, in “Rivista delle Politiche Sociali”, 2020, n. 3, p. 199, p. 209 ss., di una natura non meramente negoziale della funzione del rappresentante dei lavoratori: non certo, invece, quella relativa alla centralità – e «conseguenti responsabilità» – dell'esercizio di «funzioni di controllo sull'adempimento degli obblighi datoriali».

¹³⁰ Una fiducia, del resto, alla cui ponderazione il legislatore penale *non potrebbe sottrarsi* in alcun caso: non solo perché *ogni* sua iniziativa è destinata al fallimento laddove non ottenga riscontro da parte degli interlocutori della norma, ma anche perché la capacità della società di ordinarsi spontaneamente costituisce una delle espressioni confinarie tangibili del parametro dell'*extrema ratio*: in questo senso, G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle norme penale eccessive*, Torino, Giappichelli, 2018; G. MARRA, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in “Criminalia”, 2019, p. 423 ss.

3.2. Il modello “collaborativo”, il modello “partecipato” e il rischio di una gestione “difensiva” della rappresentanza

In relazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, effettivamente, si possono immaginare almeno due ipotesi in cui la previsione di obblighi espressi potrebbe reputarsi ragionevole.

In primo luogo, potrebbe prevedersi un obbligo di comunicazione circa eventuali condizioni di pericolo che il rappresentante dei lavoratori *non dipendente* rilevi, in via diretta, durante lo svolgimento della propria funzione, soprattutto laddove ci siano ragioni di ritenere che gli stessi non siano già noti, né agevolmente conoscibili dagli altri soggetti appartenenti al sistema della sicurezza. Tale obbligo ricalcherebbe quello già gravante su tale soggetto *in qualità di lavoratore*, laddove si tratti di un dipendente della realtà produttiva in questione¹³¹.

Una seconda ipotesi potrebbe riguardare il caso d’urgenza in cui il lavoratore comunichi al rappresentante dei lavoratori una situazione di pericolo grave e incombente, eventualmente dando notizia del proprio personale adoperarsi per la sua riduzione. Attualmente è previsto l’obbligo di tale comunicazione da parte del lavoratore nei confronti del rappresentante per la sicurezza¹³² e un dovere di ritrasmissione (o quanto meno di valutazione in concreto di tale opportunità) a carico di questi potrebbe costituirne un logico complemento, anche sotto il profilo funzionale.

Con riferimento a entrambe le ipotesi, tuttavia, al di là della percorribilità sistematica delle soluzioni prospettate, occorrerebbe ponderare senza facili entusiasmi se un approccio basato su *obblighi e sanzioni* sia davvero il più congruo rispetto all’obiettivo di una gestione del rischio partecipata ed efficiente.

Nel prefigurare in via ermeneutica un ruolo del rappresentante dei lavoratori basato su obblighi e sanzioni, in effetti, la sentenza ha costituito un «precedente senza alcun dubbio scomodo»¹³³, anche per le «possibili ripercussioni “politiche”» e «specialmente in termini di possibile disincentivo a ricoprire il ruolo di RLS»¹³⁴. Come è stato osservato, una simile impostazione «altro non farebbe se non fungere da strumento di *prevenzione/deterrenza*, ma non tanto contro il verificarsi di eventi infausti quanto, piuttosto, nell’indirizzare i possibili candidati RLS a pensarci due

¹³¹ Il lavoratore è, infatti, *obbligato*, ex d.lgs. n. 81/2008, art. 20, comma 2, lett. e), a «segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di sicurezza e di protezione, nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza». Cfr. pure, per la segnalazione di qualsiasi infortunio o incidente relativo all’uso di agenti biologici, d.lgs. n. 81/2008, art. 277, comma 3, nonché, con riferimento a eventuali difetti o inconvenienti nei dispositivi di protezione individuale, d.lgs. n. 81/2008, art. 78, comma 5 (obbligo, però, quest’ultimo, a differenza dei precedenti, sprovvisto di sanzione). Resta inteso, peraltro, che dalla violazione di un obbligo in tal senso non deriverebbe in via automatica, nemmeno nel caso del rappresentante dei lavoratori, la responsabilità in caso di verifica di un evento avverso, anche alla luce della non vincolatività per il datore di lavoro delle indicazioni eventualmente ricevute.

¹³² Ex d.lgs. n. 81/2008, art. 20, comma 2, lett. e).

¹³³ Cfr. L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 13.

¹³⁴ P. PASCUCI, *Per un dibattito sulla responsabilità penale del RLS*, cit., p. 4.

volte prima di accettare un tale incarico»¹³⁵. Risolvendosi, così, in un *vulnus* proprio per quel modello di responsabilizzazione al cui conseguimento vorrebbe contribuire.

La dottrina si è interrogata sul rischio di una «rappresentanza dei lavoratori “difensiva”» e sui possibili correttivi per evitare tale eventualità¹³⁶, prospettando due diversi ordini di rimedi. *De iure condendo*, è stata proposta «l’emanazione di norme che garantiscano maggiore trasparenza dell’elezione da parte dei lavoratori del RLS per essere certi che si tratti di una forma di rappresentanza genuina»¹³⁷. In attesa di tale disciplina, poi, è stata raccomandata l’adozione di una prassi secondo la quale «gli RLS realizzino una sorta di autodifesa, lasciando sempre traccia scritta dello svolgimento delle proprie attività e così difendendosi da rimproveri penali per eventuali contegni omissivi»¹³⁸. Si tratta di suggerimenti apprezzabili, chiaramente animati dall’intento di garantire una più diligente partecipazione al sistema della sicurezza, anche nell’ottica di evitare che *propri i soggetti più attenti ai valori* si ritraggano dal ruolo di rappresentante dei lavoratori. Tuttavia, nessuno di tali rimedi sembra rispondere al fenomeno nella sua complessità.

A ben guardare, infatti, il rischio di inaridimento difensivo riguarda proprio le modalità di concreto esercizio delle attribuzioni *da parte dei rappresentanti genuini*, laddove soggetti nominati secondo logiche negoziali o “di comodo” sarebbero verosimilmente impermeabili alla prospettiva di un rischio per l’attività propria

¹³⁵ L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 13.

¹³⁶ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 32. Il riferimento è al noto fenomeno della cd. *medicina difensiva*, la presa di consapevolezza del quale ha fornito l’abbrivio per una progressiva riforma in tema di responsabilità penale dell’esercente professioni sanitarie. Il tema presenta evidenti profili di similitudine: per l’ambito medico, G. FORTI - M. CAPUTO - F. D’ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, ETS, 2010; cfr. pure M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli, 2017; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, Pisa University Press, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, Aracne, 2021; R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza). Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto comparato e penale dell’Università degli Studi di Firenze (7-8 maggio 2009)*, Firenze, Firenze University Press, 2010; F. CELANI - G. VETRUGNO - V. MARIOTTI (a cura di), *Medicina difensiva «negativa» vs medicina difensiva «pro-positiva». Riflessioni e proposte alla luce di uno studio retrospettivo*, Milano, EDUCatt, 2012; L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale “criminogeno”*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2011, p. 1085 ss.; R. BARTOLI, *I costi “economico-penalistici” della medicina difensiva*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2011, p. 1107 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2014, p. 927 ss.; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo “de iure condendo”*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2013, p. 1 ss.; G. ROTOLO, *“Medicina difensiva” e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in “Diritto penale e processo”, 2012, p. 1259 ss.; G. CANZIO - P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in “Corti supreme e salute”, 2019, p. 79 ss.

¹³⁷ Così A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 32. Sulla circostanza, come già accennato, erano sorti dubbi nel caso giurisprudenziale in esame: cfr. R. GUARINIELLO, *Il dramma del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 2436; L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 11, e v. *retro*, § 1.2.

¹³⁸ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 32.

della loro funzione: esso si ridurrebbe a una semplice porzione di un rischio ben maggiore, legato alla totale inazione o, peggio, alla connivenza con le scelte, eventualmente criminali, del datore di lavoro che avesse, in qualsiasi modo “poco trasparente”, ottenuto il loro “ingaggio”.

Quanto al secondo rimedio, per molti aspetti, esso *somiglia molto* alla cd. medicina difensiva *attiva* o *positiva*: quella particolare manifestazione del fenomeno difensivo, cioè, per cui un eccesso di responsabilizzazione, *spingendo all'adozioni di comportamenti non necessari* (come per esempio, nel caso del sanitario, esami clinici o trattamenti precauzionali superflui o addirittura pericolosi), si dimostra non solo dannoso per l'economia pubblica e la distribuzione delle risorse, ma anche disfunzionale rispetto al perseguimento dei livelli ottimali di sicurezza e di tutela della salute¹³⁹.

Orbene, non si vuole qui negare il valore di una prassi di tracciamento e documentazione scritta di tutte le attività correlate alla sicurezza: abitudine di per sé commendevole e propedeutica alla circolazione delle informazioni e al confronto critico. Il sospetto è, piuttosto, che tale prassi si dimostri poco efficace laddove sia calata in un contesto di *obblighi e sanzioni*. La disseminazione delle logiche difensive, correlate alla proliferazione delle responsabilità e al loro conseguente “rimpallo” tra i vari soggetti coinvolti, non comporta solo il rischio di una reazione astensiva per cui *nessuno vorrebbe più assumere la carica* di rappresentante dei lavoratori. Esiste l'ulteriore e non meno rilevante rischio che, anche laddove si trovi un soggetto disponibile ad assumersi tale responsabilità, facendosi *canale pervio e perfetto* delle informazioni che dovesse ricevere, *nessuno più gli fornisca quelle informazioni*¹⁴⁰. Un'evenienza che appare tanto più probabile laddove si legga l'eventuale *obbligo di ritrasmissione delle informazioni* da parte del rappresentante dei lavoratori in continuità con l'*obbligo di attivazione del sistema disciplinare*, per l'effetto di quelle, da parte del datore di lavoro¹⁴¹.

¹³⁹ Per tutti, G. FORTI - M. CAPUTO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., p. 17 ss.

¹⁴⁰ Divenendo così per lui del tutto impossibile l'adempimento dei propri eventuali doveri. Circa i “doveri di sapere”, i *Pflicht des Wissens* di H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, Insel, 1979, p. 28, rammenta D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in “Cassazione penale”, 2006, n. 2, p. 778 ss. che «i doveri di diligenza rilevanti per il diritto (non solo penale) sono in prima battuta doveri di acquisizione di conoscenze e di abilità; doveri di sapere e di saper fare, premessa necessaria dell'agire correttamente». Sulla centralità dei contenuti informativi, sempre in ambito lavoristico, ma a partire dalla specifica tematica del rapporto tra obblighi di aggiornamento e colpa per assunzione, N. PISANI, *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, Jovene, 2012.

¹⁴¹ P. PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro e cooperazione del lavoratore*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2021, n. 3, p. 421 ss., p. 431 ss.; C. LAZZARI, *Sicurezza sul lavoro e obbligo datoriale di vigilanza*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2016, n. 2, p. 544 ss., p. 546. In ambito penalistico, N. ABRIANI - F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lg. n. 231/2001*, in “Rivista di diritto dell'impresa”, 2012, n. 3, p. 595 ss.; per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio a R. PALAVERA, *Sicuro di mangiare? Filiera del cibo e sistema penale*, in “Archivio penale”, 2023, n. 3, p. 1 ss., p. 21 ss.

Come pure criticità sembrano ravvisarsi nella diversa ipotesi in cui, facendosi carico di ritrasmettere una segnalazione *di illeciti altrui* in prima persona, pubblicamente e tempestivamente, ossia per forza di cose *battendo sul tempo* la propria fonte, il rappresentante dei lavoratori privasse di fatto quest'ultima delle garanzie accordate a protezione del *whistleblower*¹⁴². La questione, peraltro, si farebbe ancora più delicata qualora le informazioni fossero state fornite dal lavoratore proprio allo scopo di ottenere consulenza e supporto sindacale nella prospettiva di un procedimento disciplinare *per illeciti propri*¹⁴³.

In tutti questi casi, dovrebbe apparire evidente come il modello *ritorsivo*, che cerca di promuovere la comunicazione tramite la *sfiducia reciproca* e di ottenere l'assolvimento di obblighi tramite la piana *minaccia di sanzioni* sterilizzi l'instaurarsi di un dialogo costruttivo e aperto con (e tra) i lavoratori, di fatto *tagliando fuori* buona parte del bagaglio informativo di cui questi sono portatori. Insomma, se il sistema della sicurezza «deve tendere a seguire la strada della *partecipazione e collaborazione* piuttosto che quella del conflitto»¹⁴⁴, deve prendersi atto che il conflitto non può che risultare esacerbato da un approccio fondato sulla deterrenza.

3.3. L'opzione di una "via normata" per il coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori nella sicurezza e la trappola dell'argomento del "figlio di nessuno"

Senza alcuna pretesa di esaustività dei rilievi sinora svolti, è questo il momento di qualche suggestione conclusiva. Fermo il richiamo alla cautela nella costruzione di nuovi obblighi e di nuove sanzioni, non può a priori escludersi l'idea di una *tipizzazione* delle diverse attività svolte dalle rappresentanze dei lavoratori. Infatti, l'eterogeneità delle loro attribuzioni non sembra necessariamente implicare l'indeterminatezza della relativa disciplina: al contrario, uno sforzo di trattazione separata, volta a valorizzare funzionalmente le specificità di ogni singolo contesto operativo, potrebbe essere opportuno sia per scongiurare la creazione giurisprudenziale di una indistinta posizione di garanzia, sia per fornire una cornice più solida per interventi normativi che vadano in direzione di un maggiore coinvolgimento delle parti sociali nel sistema della *sicurezza partecipata*¹⁴⁵.

¹⁴² Ossia, con riferimento alla normativa attualmente in vigore, *ex d.lgs. n. 81/2008, art. 2bis*; direttiva UE 1937/2019; d.lgs. n. 24/2023. Il soggetto che intendesse segnalare una violazione e il rappresentante dei lavoratori a cui si rivolgesse si troverebbero, per vero, in una peculiare situazione di *competizione* rispetto alla notizia, da cui parrebbero poter uscire solo con una duplice segnalazione, *immediata e contestuale*. Per ulteriori riflessioni, v. *infra*, § 3.3.

¹⁴³ Anche su tale ipotesi v. *infra*, § 3.3.

¹⁴⁴ A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 21 *bis*.

¹⁴⁵ Recuperando per tali rappresentanze dei lavoratori un ruolo nella tutela di beni giuridici più ampi, per nulla estraneo alla loro vocazione storica: cfr. già F. CARNELUTTI, *Stato Democratico - Stato Corporativo*, in *Verso il Corporativismo Democratico*, coordinato da Canaletti Gaudenti - De Simone, Bari, Cacucci, 1951, p. 247 ss., pp. 248, 250 e 253 ss. Per note circa i rapporti intercorrenti tra visioni del sindacato e opzioni di politica criminale in ambito di lavoro, P. ICHINO, *Sanzione penale, autonomia*

In primo luogo, la natura facoltativa dell'esercizio di tutte o di alcune fra le attribuzioni del rappresentante dei lavoratori potrebbe essere esplicitata dal legislatore, in modo da frapporre un più solido argine ad iniziative di criminalizzazione delle condotte omissive per via giurisprudenziale. Una migliore caratterizzazione di doveri e facoltà connessi alle diverse funzioni, peraltro, potrebbe rivelarsi preziosa anche a fronte di eventuali azioni per responsabilità civile, già prospettate in dottrina, «da parte o dei lavoratori rappresentati o dell'organizzazione sindacale cui l'RLS è legato»¹⁴⁶. Una scarsa prevedibilità degli esiti giudiziali di tali azioni, ancorché non accompagnati dallo stigma penale, infatti, potrebbe comportare un effetto “disincentivante” per nulla marginale¹⁴⁷: soprattutto laddove si pensi all'ipotesi in cui il lavoratore rappresentato sia vittima di un infortunio mortale, avendo in precedenza egli stesso fornito, per tramite del rappresentante, le informazioni poi non adeguatamente riscontrate dal sistema di prevenzione e protezione nel suo insieme.

Peraltro, quello del rappresentante dei lavoratori non è l'unico ambito di cooperazione partecipativa alla sicurezza che si gioverebbe di un'opera legislativa di definizione: basti pensare all'incerto ruolo esercitato dagli organismi paritetici tramite l'asseverazione dei modelli organizzativi¹⁴⁸, cui consegue pari incertezza in caso di evento avverso, da un lato, circa la reale efficacia esimente, anche solo sul piano probatorio, dei modelli asseverati come idonei¹⁴⁹ e, dall'altro, circa l'attribuzione di responsabilità ai soggetti coinvolti nell'eventuale asseverazione di modelli inadeguati¹⁵⁰. È appena il caso di sottolineare, peraltro, che l'opportunità di far asseverare il modello non si risolve in una sorta di *escamotages* per rendere meno probabili le verifiche ispettive, bensì si sostanzia in un supporto prolungato

sindacale, intervento amministrativo: riflessioni in margine al dibattito sul diritto penale del lavoro, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 1981, n. 4, p. 37 ss. A tale proposito, proprio in commento alla sentenza in esame, invoca L. VELLA, *La spettacolarizzazione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 18, «maggiori spazi di manovra all'autonomia collettiva, funzionalmente a creare scudi endoaziendali utili a prevenire il verificarsi di eventi infausti».

¹⁴⁶ Per A. INGRAO, *Il Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, cit., p. 26, infatti, scartata la responsabilità penale, «resta semmai uno spazio per configurare un'azione di responsabilità civile» in questo senso.

¹⁴⁷ Considerato altresì che non opererebbero nel caso di specie i meccanismi di istituzione del responsabile civile ex art. 2049 cod. civ., in assenza di un rapporto di preposizione, né offrirebbero copertura le polizze assicurative che pure i sindacati offrono ai loro iscritti, ma sono ordinariamente centrate sull'attività tipica dei contratti di lavoro da questi sottoscritti.

¹⁴⁸ Ex d.lgs. n. 81/2008, art. 51, comma 3bis, gli organismi paritetici «su richiesta delle imprese, rilasciano una attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30, della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività».

¹⁴⁹ Diffusamente, P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione*, in “I Working papers di Olympus”, 2015, n. 43, p. 1 ss.; A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, in questa “Rivista”, 2018, n. 1, II, p. 7 ss.

¹⁵⁰ P. PASCUCCI, *Definizione, ruolo e funzioni dei “genuini” organismi paritetici in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in P. LOI - R. NUNIN (a cura di), *La bilateralità nel tempo a garanzia dell'artigianato. Materiali di studio dai Convegni di Cagliari e Trieste - giugno/settembre 2018*, Trieste, EUT, 2018, p. 85 ss., p. 93.

nel tempo e, pertanto, anche rispetto a queste, più efficace¹⁵¹: una sua maggiore diffusione, pertanto, costituirebbe un fattore di progresso verso una gestione dei rischi *dinamica*, come pure, nella pariteticità, *dialogata*¹⁵², ossia in un'ulteriore dimensione evolutiva della partecipazione.

Quanto al rischio di rappresentanza “difensiva” *attiva*, al contrario, potrebbe essere appropriato delineare, circa le notizie raccolte dalle rappresentanze dei lavoratori, un sistema a tutela della riservatezza: che potrebbe articolarsi in vere e proprie garanzie o semplici ambiti di discrezionalità della rivelazione, riguardare le informazioni *tout court* o le sole fonti¹⁵³, rilevare all'interno della realtà lavorativa, spingersi a eventuali fasi istruttorie esterne¹⁵⁴ o estendersi al profilo dell'obbligo di testimonianza nel processo penale, sul modello di quanto previsto per altre figure coinvolte nell'assistenza alle parti o comunque nella condivisione di informazioni¹⁵⁵. Non può negarsi, infatti, che la specifica vocazione alla sicurezza del ruolo sia sottolineata dalle ipotesi di incompatibilità con l'esercizio di «altre funzioni sindacali operative»¹⁵⁶ (regime il quale pure, peraltro, certamente trarrebbe

¹⁵¹ Così P. PASCUCCI, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e gestione*, cit., p. 10: «l'asseverazione ha ad oggetto sia l'adozione sia l'efficace attuazione dei modelli organizzativi e di gestione di cui all'art. 30, così evidenziandosi come essa non possa limitarsi a riguardare un dato puramente formale (l'adozione del modello) né tantomeno a riconnettersi ad un momento isolato avulso da un processo in corso. Diversamente da quanto accade nell'accesso ispettivo degli organismi pubblici di vigilanza, che focalizzano la situazione in un dato e preciso momento storico (appunto quello del loro accesso), qui occorre monitorare l'attuazione del modello in un arco temporale che sia sufficiente ed adeguato per verificarne l'efficacia. Viene alla mente la differenza tra la fotografia istantanea e la ripresa cinematografica».

¹⁵² Osserva ancora P. PASCUCCI, *Definizione, ruolo e funzioni dei “genuini” organismi paritetici in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 92 ss., come la decisione circa l'asseverazione «non può non essere il frutto di un confronto e di una condivisione con i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, così valorizzandosi viepiù il ruolo talora troppo sottovalutato di tali rappresentanti: il che potrebbe anche travalicare la dimensione di una mera consultazione giacché la salute e la sicurezza dei lavoratori costituiscono beni non solo di questi ultimi, ma “beni comuni”». Cfr. pure P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2007, suppl. 2, p. 153 ss.; L. ZOPPOLI, *Individuale e collettivo nel diritto del lavoro: la persona come radice comune*, in “Lavoro e diritto”, 2008, p. 355 ss.; S. BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 54 ss.

¹⁵³ Tale facoltà di riservatezza risponderebbe, peraltro, a un dovere già talvolta previsto dai codici etici sindacali, anche se spesso per i soli dirigenti e non con formulazioni omogenee: cfr., a titolo di esempio, l'art. 8 del Patto di corresponsabilità contenuto in CONSIGLIO GENERALE CONFEDERALE CISL, *Codice etico e comportamentale della Cisl*, Roma, 2019, nonché l'art. 3.4 del Codice etico UIL Trasporti, con l'art. 7 del Codice etico FILT-CGIL, apparentemente volto alla tutela del solo sindacato.

¹⁵⁴ Come, per esempio, nella diversa ipotesi del *whistleblower* (su cui v. *infra* in questo §), l'identità del segnalante è coperta dal segreto *ex d.lgs. n. 24/2023*, art. 12, comma 3, nelle forme previste dall'art. 329 cod. proc. pen.

¹⁵⁵ Oltre alle ipotesi già previste dall'art. 200 cod. proc. pen., comma 1, lett. *d*), tra cui quelle relative ad avvocati e consulenti tecnici, nonché, con riferimento alle fonti, ai giornalisti, si pensi alle discipline di settore che pure rilevano ai sensi della medesima norma con riguardo a consulenti del lavoro (l. n. 12/1979, art. 6), dottori commercialisti, ragionieri e periti commerciali, l. n. 507/1987, art. 1), dipendenti del servizio pubblico per le tossicodipendenze (d.P.R. n. 309/1990, art. 102), giornalisti ed editori (l. n. 69/1963, art. 2), assistenti sociali (l. n. 119/2001, art. 1).

¹⁵⁶ L'incompatibilità è stabilita per il solo rappresentante dei lavoratori territoriale *ex d.lgs. n. 81/2008*, art. 48, comma 8. In dottrina, tuttavia, è stata indicata l'opportunità di evitare

beneficio da ulteriori precisazioni normative¹⁵⁷). Nondimeno, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza – sia esso aziendale, di sito o territoriale – potrebbe trovarsi nella condizione di ricevere informazioni confidenziali da lavoratori in cerca di consiglio, ovvero essere coinvolto nella loro assistenza in sede disciplinare, proprio per causa delle sue particolari competenze. Non è chi non veda, allora, che gravarlo di un obbligo di comunicare *subito, tutte e per intero* (provenienza compresa) le informazioni in suo possesso, a prescindere dal contesto e dal fine che ne abbiano consentito l’acquisizione, non significherebbe altro che *sterilizzare all’origine* questo canale di comunicazione, precludendo la raccolta, ancorché “filtrata” dalle garanzie di riservatezza che si volessero accordare, di conoscenze potenzialmente rilevanti e con ogni buona probabilità non diversamente attingibili: con danno, pertanto, non solo delle opportunità di difesa del singolo lavoratore coinvolto, ma altresì dell’interesse *comune* all’emersione di ogni dato utile al perseguimento di strategie di sicurezza ottimali¹⁵⁸.

Ancora, potrebbe non nuocere un migliore coordinamento tra i canali di segnalazione interna a “protezione rafforzata” del tipo *whistleblowing*¹⁵⁹ e gli ordinari flussi di circolazione delle informazioni, propri del sistema della sicurezza, anche per il tramite del rappresentante dei lavoratori. È pur vero, infatti, che il rappresentante dei lavoratori, ricevute informazioni in via confidenziale, può sempre incoraggiare il lavoratore alla segnalazione e godere della tutela accordata ai facilitatori¹⁶⁰ (o alle rappresentanze sindacali, in caso di spendita della sigla¹⁶¹),

“sovrapposizioni” anche in relazione alle rappresentanze aziendali e di sito produttivo: cfr. B.M. ORCIANI, *Il Testo Unico e la rappresentanza per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in “Quaderni di Ricerca CRISS”, 2015, n. 1, p. 8 ss., p. 16. La preclusione sarebbe, invece, opportunamente eccezionale per M. LAI, *Il sistema della rappresentanza e delle relazioni collettive*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza sul lavoro. Atti dell’incontro di studio di Urbino del 14 e 15 maggio 2010*, Milano, Inail, 2011, p. 52 ss., p. 54. Per una ricostruzione delle incompatibilità sotto il profilo funzionale, P. SOPRANI, *RLS: ruolo, funzioni e azione nel sistema di organizzazione aziendale della prevenzione*, in “Igiene & Sicurezza del Lavoro”, 2018, n. 1, p. 30 ss., p. 33 ss.

¹⁵⁷ Non sembra chiaro, infatti, quali siano le *funzioni operative* in concreto incompatibili. Per P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in “WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”.IT”, n. 73, 2008, p. 144, il silenzio normativo «dovrebbe essere colmato, nella loro autonomia, dall’interpretazione delle organizzazioni sindacali, non sembrando comunque dubbio che la previsione dell’incompatibilità costituisca una ulteriore, e non marginale, indicazione circa la natura “obbligatoria” e “necessaria” della rappresentanza per la sicurezza e, in particolare, di quella che prende corpo attraverso il Rlst». Non sembra, tuttavia, che tale via si stia mostrando soddisfacente: cfr. A. TAMPIERI, *Il nuovo ruolo del sindacato nella gestione della sicurezza (pre- e post-Covid)*, in L. FOFFANI - L. LODI - M. F. CARRIERO (a cura di), *Covid-19, sicurezza sul lavoro e responsabilità. Monitoraggio e implementazione di “Protocolli integrati anti-contagio” nella provincia di Modena (“Protocovid”)*, Modena, Mucchi editore, 2022, p. 185 ss., p. 189.

¹⁵⁸ Sulla natura *comune* degli interessi tutelati quale possibile argine alle scelte di criminalizzazione, B. DEIDDA, *Il sistema delle sanzioni*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008*, cit., p. 44 ss.

¹⁵⁹ V. *retro*, § 3.2.

¹⁶⁰ Ai sensi del d.lgs. n. 24/2023, art. 3, comma 5, lett. a); cfr. pure, *ivi*, per la definizione di *facilitatore*, art. 1, comma 5, lett. b).

¹⁶¹ È chiarito in ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, Roma, 2023, p. 21, che «Il facilitatore

oltre a quelle collegate al ruolo suo proprio¹⁶². Si tratta di tutele plurime, ma, nondimeno, tutte rivolte a proteggere dalle possibili ripercussioni in cui potrebbe incorrere *per aver segnalata la violazione*¹⁶³. Laddove si volesse ritenere sussistente a suo carico un obbligo di trasmissione delle informazioni ricevute, al contrario, il problema del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza sarebbero piuttosto le possibili ripercussioni *per non aver segnalata la violazione* – ovvero per averla trasmessa tardivamente e secondo una modalità differente rispetto a quella prevista dal ruolo – soprattutto nella malaugurata ipotesi in cui, dopo la comunicazione riservata e nelle more di un segnalatore titubante, dovesse verificarsi un evento avverso correlato alla situazione di rischio derivante da quanto rivelato.

Previsioni specifiche per una simile ipotesi, oltre a rafforzare il ruolo del sindacato nel perseguimento della legalità (non solo in tema di sicurezza¹⁶⁴), si orienterebbe anche verso il fine di “intercettare”, secondo le sensibilità di ognuno, il maggior numero possibile di elementi utili alla valutazione dei rischi. Nella medesima direzione potrebbe prevedersi una valorizzazione delle segnalazioni di illeciti propri, se non in chiave esimente – sinora esclusa dalla giurisprudenza, più che dal silenzio normativo¹⁶⁵ – quanto meno con un’attenuazione della risposta sanzionatoria: è appena il caso di sottolineare come l’evenienza di un coinvolgimento diretto del segnalatore nella violazione segnalata potrebbe presentarsi con riguardo alla sicurezza sul lavoro assai meno infrequentemente che in altri ambiti della prevenzione. È bene, quindi, rammentare come la *differenza*, anche in questo ambito, si ottenga conquistando l’ottemperanza delle più probabili

potrebbe essere un collega che riveste anche la qualifica di sindacalista se assiste il segnalante in suo nome, senza spendere la sigla sindacale. Si precisa che se, invece, assiste il segnalante utilizzando la sigla sindacale, lo stesso non riveste il ruolo di facilitatore. In tal caso resta ferma l’applicazione delle disposizioni in tema di consultazione dei rappresentanti sindacali e di repressione delle condotte antisindacali di cui alla l. n. 300/1970».

¹⁶² Ex d.lgs. n. 81/2008, art. 50, comma 2, ancorché non espressamente richiamato.

¹⁶³ Del resto, delle protezioni accordate al segnalatore, ancorché non con riferimento alla presente disciplina, è già stata offerta una lettura quali «specificazione di un divieto di discriminazione e rappresaglia che costituisce già principio generale del nostro ordinamento»: così P. ICHINO, in SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII LEGISLATURA, *Resoconto stenografico 897^a Seduta Assemblea*, 12 ottobre 2017, p. 21 ss., p. 23.

¹⁶⁴ Salvo le previsioni espresse di mantenimento e coordinamento con il previgente sistema di tutele, la novella riserva alle rappresentanze e alle organizzazioni sindacali la sola occasione di essere “sentite” in vista dell’attivazione dei canali di segnalazione: cfr., rispettivamente, d.lgs. n. 24/2023, artt. 1, comma 4, 24, comma 3 e 4, comma 1. Per un maggiore coinvolgimento del sindacato nel sistema del *whistleblowing*, A. ALLAMPRESE - R. TONELLI, “Nuove tutele” e occasioni perdute: alcune osservazioni sul d.lgs. n. 24/2023 in materia di “whistleblowing”, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2023, n. 3, p. 447 ss. Cfr. pure V. PAPA, *Il diritto di critica del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: una lettura costituzionalmente orientata*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2010, n. 2, p. 806 ss.

¹⁶⁵ La giurisprudenza si è espressa in senso contrario all’applicabilità delle tutele, ancorché in un caso relativo a segnalazione effettuata sotto il precedente regime: cfr. Cass. civ., sez. lav., ordinanza 24 gennaio 2023 (dep. 31 marzo 2023), n. 9148. In commento, S.M. CORSO, *La protezione riservata a chi segnala violazioni nel contesto lavorativo non si applica alla segnalazione di illeciti propri*, in “Giurisprudenza italiana”, 2023, n. 8-9, p. 1884 ss.; M. RUSSO, *Il “whistleblowing” non è uno scudo generalizzato. O forse sì?*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2023, n. 2, p. 306 ss.

vittime, delle fasce a maggior rischio di trasgressione e, persino, di chi già operi in condizioni di illiceità¹⁶⁶.

In questa prospettiva, peraltro, un ulteriore ambito di espressione della contrattazione collettiva potrebbe consistere nella progettazione partecipata di sanzioni disciplinari agite, di contenuto prescrittivo e di minore afflittività, sia in termini economici che sotto il profilo relazionale. Come pure il sindacato potrebbe essere coinvolto nella concreta gestione di tale sistema, non solo cooperando all'individuazione dei possibili contenuti prescrittivi (per esempio, formativi o di volontariato), ma altresì garantendo con la propria assistenza la genuinità del consenso del lavoratore, sempre necessario per l'applicazione di sanzioni siffatte¹⁶⁷.

Tutte queste opportunità, che qui non possono tradursi che in semplici spunti, sono accomunate da una consapevolezza per così dire *trasversale*. Partecipazione e sicurezza hanno una profonda connotazione *relazionale*¹⁶⁸ e si alimentano di *fiducia*. Il *diritto vivente*, fatto di condanne *ex post*, spesso fin troppo prevedibili e a volte invece, come in questo caso, apparentemente *sorprendenti*, non può creare nulla di simile. Tuttavia, se l'obiettivo ha *bisogno della fiducia di tutti*, anche l'opera del legislatore può facilmente *mancare il segno*. Il dubbio di fondo è se la fiducia di cui il sistema della sicurezza ha bisogno e la deterrenza a cui non sembra voler rinunciare siano davvero paradigmi compatibili.

Nel propugnarne la responsabilità penale, si è argomentato che, senza quella, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza rimarrebbe un «figlio di nessuno»¹⁶⁹. Il vizio è vecchio: sostenere che la minaccia della massima sanzione sia l'unico modo di “fare sul serio” con qualcuno. Laddove, al contrario, il ricorso al diritto penale è assai più spesso solo un *alibi*¹⁷⁰ per risparmiarsi lo sforzo di politiche di tutela costruttive, dialogiche e inclusive. Ce ne si dovrebbe ricordare sempre, non solo in difesa dei rappresentanti dei lavoratori.

¹⁶⁶ Anche in un orizzonte di premialità la cui opportunità è già da tempo segnalata in dottrina: si vedano i numerosi spunti in A. DELLA BELLA - S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Milano, Giuffrè, 2020.

¹⁶⁷ Per ulteriori spunti circa l'ipotesi di introduzione di sanzioni disciplinari prescrittive, sia consentito il rinvio a R. PALAVERA, *Sicuro di mangiare? Filiera del cibo e sistema penale*, cit., p. 29 ss.

¹⁶⁸ La stessa ipotesi della cooperazione colposa applicata nel caso di specie, del resto, si alimenta di un sistema di regole relazionali, che si contestano infrante. Cfr. L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in G. FORTI - M. BERTOLINO - L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, vol. II, p. 840 ss.; A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in “Legislazione penale”, 8 maggio 2020; G. DE FRANCESCO, *Verso una lettura più articolata del fenomeno concorsuale: tra cause ‘fondanti’ ed ipotesi di esclusione della responsabilità dei compartecipi*, in “La Legislazione Penale”, 23 gennaio 2023. Per il rilievo della dimensione relazionale in una possibile ricostruzione della tipicità passiva, D. MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in “Criminalia”, 2012, p. 323 ss., p. 350 ss. Per una proposta *de iure condendo* volta alla valorizzazione dell'aspetto sistemico nei reati omissivi impropri plurisoggettivi, per il tramite dell'attribuzione di responsabilità esclusivamente all'ente, C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, cit., p. 338 ss.

¹⁶⁹ R. GUARINIELLO, *RLS come garante della sicurezza tra TUSL e interPELLI*, cit., p. 1924.

¹⁷⁰ Per tutti, L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale “umanizzatrice”?*, in “Criminalia”, 2016, p. 285 ss., p. 287 ss.