

CAPITOLO II

VALUTAZIONE E GESTIONE DEL “RISCHIO”: RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE

SOMMARIO: SEZIONE I. Qualifiche soggettive e «trasferimento di funzioni». - 1. La posizione di garanzia del datore di lavoro: qualifiche ed obblighi. - 1.1. In particolare: il sistema dei “garanti” della sicurezza nei cantieri temporanei o mobili. - 1.2. Altri soggetti “garanti” - 2. Delega di funzioni: inquadramento dogmatico e distinzioni preliminari. - 2.1. La subdelega. - 2.2. Requisiti di validità ed efficacia. - SEZIONE II. Obblighi di organizzazione «primaria» e «secondaria». - 1. Eccezioni al principio di generale delegabilità ed obblighi di organizzazione «primaria». - 2. Obbligo di vigilanza ed obblighi di organizzazione «secondaria». - 2.1. (*Segue*) *Culpa in vigilando*. - 2.2. (*Segue*) Difetti di cooperazione e coordinamento in materia nei cantieri. - 2.3. (*Segue*) *Culpa in eligendo*. - 3. Responsabilità del vertice e contributi concorsuali. - 3.1. “Rischio di dolo” e “dolo di rischio” per gli infortuni sul lavoro: il caso *Thyssenkrupp* in attesa dell’appello.

SEZIONE I

Qualifiche soggettive e «trasferimento di funzioni»

1. La posizione di garanzia del datore di lavoro: qualifiche ed obblighi

Quella delle posizioni di garanzia¹ è una questione centrale dal punto di vista del diritto penale, in quanto concerne la selezione e la ripartizione delle diverse tipologie di obblighi che garantiscono la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro. Le conseguenze penali che ne scaturiscono sono estremamente rilevanti, in particolare la violazione dell’obbligo di garanzia può integrare un *reato di omesso impedimento dell’evento*, qualora dall’inosservanza derivi un evento lesivo²: detto altrimenti, il garante che non ottemperi agli obblighi di tutela corrispondenti - secondo le attribuzioni, le competenze ed i poteri

¹ Cfr. MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 173, che ravvisa in tale ambito lavoro una fitta «rete di garanti» facilmente soggetta a manipolazioni da parte della giurisprudenza.

² Ai sensi degli artt. 589 e 590 c.p., v. Sezione II del Capitolo I. Invece, la violazione ai sensi degli artt. 437 e 451 c.p. o delle fattispecie incriminatrici speciali - v. Sezione II del Capitolo I - può integrare un *reato di pura omissione*, cfr. *infra*.

conferiti³ - sarà responsabile dell'evento-infortunio generato, secondo la nota clausola di equivalenza, di cui all'art. 40 cpv. c.p., per cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo.

Si è già detto⁴ come la cd. "logica partecipativa" che ispira la disciplina del d.lgs. 81/2008 comporti l'espansione dell'obbligo di sicurezza ripartito in diversi ruoli con altrettanti diversi tipi di responsabilità: ciononostante, il datore di lavoro rimane la figura professionale centrale della vita dell'impresa ed in quanto tale è il principale destinatario degli obblighi di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro⁵.

Va osservato, innanzitutto, che per individuare il datore di lavoro ai sensi della normativa vivente, non è sufficiente fare riferimento alla titolarità del rapporto di lavoro ma è necessario individuare il soggetto che ha effettivamente la responsabilità dell'*organizzazione* o dell'*unità produttiva*⁶ in quanto esercita i *poteri* decisionali e di spesa⁷. Infatti, l'autonomia decisionale e finanziaria può

³ In alcuni casi si tratta di cd. *posizioni di controllo* su fonti di pericolo, in altri di cd. *posizioni di garanzia* volta all'impedimento di reati, che comporta il potere-dovere di vigilare ed intervenire sull'operato dei terzi al fine di impedire atti penalmente illeciti. È esclusa una posizione di garanzia, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., in campo al lavoratore dipendente, perché privo dei poteri impeditivi necessari, così LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 108.

⁴ V. Introduzione.

⁵ GIUNTA F., *Il datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 5. L'assunto muove dalla considerazione che il datore di lavoro ha il «dominio sull'impresa» e di conseguenza può controllare le situazioni che potrebbero mettere a rischio l'integrità psicofisica dei lavoratori, i quali al contrario non hanno questo tipo di dominio proprio perché non governano direttamente né l'organizzazione né il processo produttivo, così SCORDAMAGLIA I., *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra principi di prevenzione e di precauzione*, su *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 5. Sulla tendenza della giurisprudenza ad identificare l'art. 2087 c.c. quale fondamento della posizione di garanzia del datore di lavoro, cfr. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 111 s., in particolare, l'Autrice non ritiene che possa essere la fonte normativa della posizione di garanzia: per la genericità degli obblighi stabiliti e perché non fa alcun riferimento ai corrispondenti poteri impeditivi del garante, v. *infra*.

⁶ Cfr. art. 2, comma 1, lett. t), d.lgs. 81/2008, è comune che le imprese di grandi dimensioni si articolino in diverse entità provviste di una propria autonomia ed in base al principio di effettività il dirigente diviene automaticamente datore di lavoro. Sul punto v. VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 58 s. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2005, in *ISL*, 2005, 435 ss., in cui si afferma che «la nozione di datore di lavoro ai fini della sicurezza non coincide con quella di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., essendo possibile che specialmente nelle imprese di grandi dimensioni la responsabilità del singolo stabilimento gravi su un dirigente o un preposto».

⁷ Cfr. art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008, la definizione era già stata elaborata nel d.lgs. 626/1994, il legislatore ha optato per una nozione di tipo sostanziale in alternativa ad una di tipo

non coincidere con chi riveste un ruolo apicale all'interno dell'impresa o dell'attività produttiva⁸. Ma il legislatore si è spinto ben oltre: il soggetto che esercita *in concreto* i poteri giuridici riferiti ai soggetti formalmente incaricati, pur sprovvisto di una regolare investitura, sarà gravato di tutte le posizioni di garanzia riferibili al datore⁹. Inoltre, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, laddove l'individuazione del datore manchi o non risponda ai criteri legislativi, questo coinciderà con l'organo di vertice¹⁰. Entrambi i casi sono il frutto della positivizzazione del cd. principio di effettività¹¹ in base al

formale fondata esclusivamente sulla titolarità del rapporto di lavoro, cfr. PADOVANI T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1157.

⁸ D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa. Datori di lavoro, dirigenti, committenti, responsabili dei lavori e coordinatori*, a cura di D'AVIRRO A., - LUCIBELLO P.M., Milano, 2010, 5 s.

⁹ Cfr. art. 299, d.lgs. 81/2008.

¹⁰ Cfr. art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008, la norma recepisce l'orientamento giurisprudenziale consolidato finalizzato a sanzionare l'omessa individuazione del dirigente o del funzionario non dirigente cui attribuire la qualità di datore di lavoro, da parte dell'organo di vertice delle singole amministrazioni, ossia l'organo di direzione politica, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22 giugno 2005, n. 38840, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 967 ss., con nota di FORMICA M., secondo la Corte «il "decisore politico" è responsabile per gli infortuni sul lavoro da cui deriva il reato di lesioni colpose se non incarica formalmente un dirigente della prevenzione antinfortunistica e se non gli fornisce i mezzi necessari ad assolvere l'incarico; sussiste, in tal caso, una "carezza strutturale", idonea a produrre la penale responsabilità del decisore stesso».

¹¹ Tale principio trova il suo pieno riconoscimento normativo anche nella stessa definizione di datore di lavoro, di cui si è detto; un contributo importante all'affermazione del principio si è realizzato con la previsione di cui all'art. 2639 c.c., in tema di reati societari, che equipara al soggetto formalmente investito della qualifica sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri inerenti alla qualifica ed alle funzioni, cfr. PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, I, 126, ora anche in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 53 ss.

BRUSCO C., *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2767 ss.; MERENDA I., «Esercizio dei poteri tipici» e amministrazione «di fatto» nel nuovo diritto penale societario, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2004, 925 ss. Sul punto v. MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 167 ss., il quale scrive a proposito della distinzione fra l'art. 299 d.lgs. 81/2008 e l'art. 2639, osservando che il primo, più che parificare un soggetto ad un altro, «riqualifica in termini giuridici il rapporto sostanziale», riconoscendo una situazione fattuale di garanzia. Per gli indici identificativi. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 10704, in *CED* 252676, nella quale si afferma che «la previsione di cui all'art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008 (rubricata esercizio di fatto di poteri direttivi) - per la quale le posizioni di garanzia gravano altresì su colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti al datore di lavoro e ad altri garanti ivi indicati - ha natura meramente ricognitiva del principio di diritto affermato dalle sezioni unite e consolidato, per il quale l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale; ne deriva che la codificazione della c.d. *clausola di equivalenza* avvenuta con il predetto d.lgs. n. 81 del 2008 non ha introdotto alcuna modifica in ordine ai criteri di imputazione della responsabilità

quale, ai fini dell'imputazione, rileva l'esercizio di fatto del potere direttivo che provoca l'estensione della qualifica.

Dunque, nel settore privato il datore di lavoro va individuato tenendo conto delle particolarità dei singoli modelli societari, del principio di effettività e dei criteri fissati dalla giurisprudenza¹². Laddove, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni il legislatore ha invece identificato il datore di lavoro come il dirigente al quale spettano i poteri di gestione oppure il funzionario, non avente qualifica dirigenziale, che opera in piena autonomia gestionale e di spesa¹³. Dalla posizione d'obbligo sono esclusi, quindi, gli organi politici, ancorché gravi su questi la responsabilità per l'omessa individuazione del dirigente¹⁴ nonché quella di consentire gli interventi impegnativi di spesa¹⁵.

penale concernente il datore di lavoro di fatto, i quali sono, pertanto, applicabili ai fatti precedenti all'introduzione dell'art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di irretroattività della norma penale».

¹² Con riguardo alle società semplici o in nome collettivo, ai fini dell'imputazione della responsabilità, tutti i soci condividono la qualifica di datore di lavoro, eccetto nel caso della delega espressa ad una persona specificamente competente, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 20595, in *CED* 231370; Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2005, con nota di PIVA D., *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 719 ss.; nelle società in accomandita semplice il datore di lavoro è il socio accomandatario; nelle società di capitali la qualifica coincide con i componenti del consiglio di amministrazione ed in particolare con il presidente del consiglio di amministrazione o in alternativa, con l'amministratore delegato o con l'amministratore al quale sono state espressamente attribuite le funzioni di garante della sicurezza, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280, in *CED* 238958, in cui si afferma chiaramente che «nelle imprese gestite da società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione». I componenti del consiglio d'amministrazione sono esonerati da responsabilità esclusivamente «a condizione che siano stati delegati ad altri i poteri organizzativi, deliberativi e di spesa in materia e sempre che essi abbiano esercitato il perdurante potere di controllo sull'operato del delegato e di eventuale intervento sostitutivo con riguardo al generale andamento della gestione», v. Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2002, in *Foro It.*, 2003, II, 324 ss., con nota di GUARINIELLO R., (cd. Macola). La ripartizione delle funzioni nell'ambito del consiglio d'amministrazione ai sensi dell'art. 2381 c.c. non esonera gli altri amministratori dalla responsabilità per i fatti illeciti compiuti dall'amministratore delegato o dal preposto ad un determinato stabilimento, nel caso in cui abbiano «dolosamente omesso di vigilare o, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società o dell'inidoneità del delegato, non siano intervenuti», v. Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370, cit. Cfr. GIUNTA F., *Il datore di lavoro*, cit., 8 s.

¹³ Cfr. art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

¹⁴ In assenza di dirigenza amministrativa può risultare datore di lavoro il presidente dell'amministrazione provinciale, cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2006, n. 3961, in *CED* 234049.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 9 ottobre 2007, n. 2478, in *Cass. Pen.*, 2008, II, 4323 ss.; Cass. pen., Sez. III, 7 ottobre 2004, 39268, in *Lav. giur.*, 2005, 34 ss. Cfr. GIUNTA F., *Il datore di lavoro*, cit., 10 s.

Il primo obbligo (in delegabile) che grava sul datore di lavoro concerne la valutazione dei rischi¹⁶: si tratta di un esame sistematico di tutti gli aspetti dell'attività lavorativa al fine di individuare le cause di probabili infortuni e di quantificare e documentare gli sviluppi prevedibili – nocivi per l'incolumità e la salute dei lavoratori – di qualsiasi rischio insito nel ciclo produttivo (chimico, biologico, cancerogeni e mutageni, incendio, atmosfere esplosive, impianti e apparecchiature elettriche, rumori, attrezzature di lavoro, movimentazione manuale dei carichi, videoterminali, luoghi di lavoro, ecc.). Tale operazione (*risk assessment*) costituisce, infatti, il presupposto per la selezione e l'adozione delle misure cautelari necessarie (*risk management*)¹⁷ di prevenzione e protezione volte ad eliminare od a minimizzare i rischi, in relazione alle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili¹⁸. Accanto agli obblighi *sostanziali* di valutazione dei rischi e programmazione delle misure preventive sono previsti quelli *formali* di redazione ed aggiornamento del relativo documento¹⁹; che deve esporre i criteri adottati nella valutazione realizzata²⁰, le misure di prevenzione e

¹⁶ Cfr. artt. 18 e 28 d.lgs. 81/2008; le misure generali di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro sono previste all'art. 15. Sulla tipologia dei rischi si rinvia a quanto già detto in sede di Introduzione.

¹⁷ La funzione dell'obbligo di valutazione è «diagnostica» e «terapeutica», cfr. PADOVANI T., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1163.

¹⁸ CULOTTA A. – DI LECCE M. – COSTAGLIOLA G., *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1998, 152. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 3 aprile 1992, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 5, 80 ss., (cd. Sabbatani), secondo la quale «la responsabilità dell'amministratore di un insediamento produttivo può essere esclusa dalla convincente dimostrazione che esso abbia posto in essere tutto quanto dovuto, nell'ambito delle sue attribuzioni, al fine di evitare le conseguenze dannose dei reati a lui contestati; l'affidamento a persone, professionalmente attrezzate, di ogni attività necessaria e doverosa nella suddetta materia, esclude la responsabilità dell'amministratore, non potendosi neppure porre a suo carico l'omissione di controllo sull'attività dei tecnici incaricati, qualora egli non sia in grado di sindacare il loro operato, non essendo in possesso delle necessarie cognizioni tecniche (nella fattispecie era stato dato incarico ad una ditta specializzata per la ripulitura del depuratore ed era stato nominato un addetto all'impiantistica)»; Cass. pen., Sez. III, 29 maggio 1996, in *Foro it.*, 1997, II, 152 ss., (cd. Bressan); entrambe sono richiamate come la «giurisprudenza migliore» da FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di CONTI L., nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO F., Padova, 2001, XXV, 91. Sul tema delle responsabilità del datore di lavoro cfr. Sezione II.

¹⁹ Cfr. art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. 81/2008.

²⁰ Cfr. art. 29, comma 5, d.lgs. 81/2008, nelle piccole e medie imprese, che impiegano fino a 10 lavoratori, la valutazione può realizzarsi attraverso procedure standardizzate, di cui all'art. 6, comma 8, lett. f), da cui sono escluse le attività ad alto rischio di infortuni o malattie professionali menzionate all'art. 31, comma 6, lett. a), b), c), d) e g). L'eccezione è operativa solo nelle more dell'elaborazione – entro e non oltre il 30 giugno 2012 – delle procedure standardizzate da parte della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, tali procedure di autocertificazione dovrebbero applicarsi anche nelle imprese familiari o

protezione attuate ed il programma per l'aggiornamento ed il miglioramento nel tempo della sicurezza²¹.

Nella fase successiva, grava sia sul datore, che sul dirigente, l'obbligo di garantire condizioni di lavoro sicure²² ed in caso d'inosservanza, a nulla vale la circostanza che non sia stato fatto alcun rilievo da parte dei funzionari dell'autorità di vigilanza in sede ispettiva²³. Tra questi assume un'importanza particolare l'obbligo di vigilanza²⁴ del datore di lavoro e dei dirigenti sull'effettiva attuazione da parte dei lavoratori delle disposizioni di sicurezza aziendali, di cui all'art. 18, comma 1, lett. f), d.lgs. 81/2008, recentemente esteso nel comma 3-bis, introdotto dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106²⁵, sull'adempimento

riconducibili a lavoratori autonomi, così SCORDAMAGLIA I., *Il diritto penale della sicurezza*, cit., 4 s.

²¹ D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 37, il documento deve avere data certa o attestata dalla sottoscrizione da parte del datore di lavoro. Il d.lgs. n. 106/2009, ha ulteriormente specificato i criteri attraverso cui il datore di lavoro deve effettuare la valutazione, ovvero la *semplicità, brevità e comprensibilità*, in modo da garantire la completezza e l'idoneità dello strumento di pianificazione della sicurezza aziendale, cfr. art. 28, comma 2, lett. a), d.lgs. 81/2008; nel caso di costituzione di nuova impresa, dell'onere di effettuare una nuova valutazione dei rischi entro 90 giorni dalla data di inizio della stessa, cfr. art. 28, comma 3-bis, d.lgs. 81/2008. Il documento dovrà essere rielaborato in alcuni casi: in occasione delle modifiche del processo produttivo significative, a seguito di infortuni sul lavoro e quando la sorveglianza sanitaria lo richiama; ogni modifica deve avere luogo entro 30 giorni dalla rispettiva causa. Il documento deve essere custodito presso la corrispondente unità produttiva.

²² Cfr. artt. 15 e 18 d.lgs. 81/2008. Si tratta di obblighi di fare, come quello di fornire i dispositivi di protezione individuale, di vigilanza, come quello di verificare l'osservanza da parte dei lavoratori delle norme di sicurezza vigenti e di obblighi di comunicazione, qual è quello di comunicare all'INAIL i dati e le informazioni relativi agli infortuni sul lavoro. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2003, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 884 ss., con nota di MASINI L. A questi sono da aggiungersi anche gli obblighi di informazione e formazione, cfr. art. 2, lett. aa) e bb) ed art. 36, d.lgs. 81/2008, che possono rilevare ai fini della responsabilità sotto il profilo della colpa specifica, così Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 41707, in *CED* 230257, in *Riv. pen.*, 2005, 1264 ss., in cui si afferma che «il datore di lavoro (e soggetti assimilati) è tenuto a rendere edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti; ne consegue che è ascrivibile al datore di lavoro, in caso di violazione di tale obbligo, la responsabilità del delitto di lesioni colpose allorché abbia destinato il lavoratore, poi infortunatosi, all'improvviso ed occasionalmente, a mansioni diverse da quelle cui questi abitualmente attendeva senza fornirgli, contestualmente, una informazione dettagliata e completa non solo sulle mansioni da svolgere, ma anche sui rischi connessi a dette mansioni».

²³ Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 2003, n. 41985, in *ISL*, 2004, 475 ss., con nota di SOPRANI P., la Corte si pronuncia sul cd. principio di affidamento affermando che «non è invocabile allorché la altrui condotta imprudente, o il non rispetto delle norme precauzionali normalmente riferibili al modello di agente, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale (prudenziale comune o a specifica valenza prevenzionistica) da parte di chi vorrebbe che quel principio operasse».

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 16888, in *CED* 252373, in *Guida dir.* 2012, 24, 94 ss., cfr. Sezione II.

²⁵ «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro», d'ora in poi «decreto correttivo».

dei preposti, dei progettisti, dei fabbricanti, dei fornitori, degli installatori di impianti e dei medici competenti; la previsione è di estremo interesse, in quanto prova a specificare e circoscrivere il generalissimo obbligo di vigilanza che la giurisprudenza²⁶ fa scaturire spesso dall'art. 2087 c.c. e pertanto, si intreccia con il tema della delega di funzioni²⁷.

Per riassumere il datore di lavoro ha un dovere di prevenzione *tecnica ed organizzativa*, che gli impone di fornire al lavoratore macchine e strumenti di lavoro sicuri; un dovere di prevenzione *informativa e formativa*, consistente nell'obbligo di rendere consapevoli i lavoratori riguardo i pericoli derivanti dall'uso scorretto delle macchine o degli strumenti di lavoro; un dovere nei confronti della collettività lavorativa di rispettare le norme antinfortunistiche²⁸; un obbligo assiduo di *controllare e vigilare* che le norme antinfortunistiche vengano osservate dai lavoratori stessi, dovendoli tutelare anche contro la loro stessa volontà²⁹.

1.1. In particolare: il sistema dei "garanti" della sicurezza nei cantieri temporanei o mobili

²⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 4123, in *Foro it.*, 2009, II, 667 ss., (cd. Vespasiani), v. nota 91 nel Capitolo I. Cfr. D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 43 s.

²⁷ Cfr. Sezione II.

²⁸ BERNASCONI C., *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 91 ss., in cui si ritiene che attualmente il lavoratore sia chiamato in prima persona ad applicare le norme di sicurezza, non potendo definirsi solo beneficiario delle norme prevenzionistiche e che i precetti antinfortunistici di cui è destinatario sono complementari rispetto al debito di sicurezza dei principali garanti.

²⁹ Cass. civ., Sez. lav., 1 settembre 1997, n. 8267, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 818 ss., con nota di GRAGNOLI E., in cui si afferma che «l'attività di collaborazione cui l'imprenditore è tenuto nei confronti dei lavoratori a norma dell'art. 2087 c.c. non si esaurisce nella predisposizione di misure tassativamente imposte dalla legge, ma si estende all'adozione di tutte le misure che si rivelino idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore; ne consegue che anche il mancato adeguamento dell'organico aziendale (in quanto e se determinante un eccessivo carico di lavoro), nonché il mancato impedimento di un superlavoro eccedente - secondo le regole di comune esperienza - la normale tollerabilità, con conseguenti danni alla salute del lavoratore, costituisce violazione degli art. 42, comma 2, Cost. e 2087 c.c., e ciò anche quando l'eccessivo impegno sia frutto di una scelta del lavoratore (estrinsecantesi nell'accettazione di straordinario continuativo - ancorché contenuto nel c.d. monte ore massimo contrattuale - o nella rinuncia a periodi di ferie), atteso che il comportamento del lavoratore non esime il datore di lavoro dall'adottare tutte le misure idonee alla tutela dell'integrità fisico-psichica dei dipendenti, comprese quelle intese ad evitare l'eccessività di impegno da parte di soggetti in condizioni di subordinazione socio-economica», cfr. Sezione II.

Il lavoro svolto nei cantieri temporanei e mobili è oggetto di un sistema di tutela speciale³⁰ per la particolarità dei rischi connessi allo svolgimento dei lavori; in particolare, questi si caratterizzano per il fattore aggiunto dell'“*interferenza*”, riscontrabile in tre casi: nell'ingerenza esercitata da un soggetto sull'attività altrui, come nel caso del committente o dell'appaltatore che intervengano attivamente nei lavori, oppure quando non si realizza un coordinamento adeguato tra le imprese operanti nel cantiere in maniera autonoma e nell'ipotesi in cui si susseguano diverse violazioni a carico di più soggetti³¹. Per far fronte a tali rischi il sistema predisposto prevede un livello ulteriore di misure di tutela, di cui all'art. 95 d.lgs. 81/2008³², che introduce obblighi operativi o procedurali «speciali», consistenti prevalentemente in funzioni di cooperazione, controllo e coordinamento: si tratta di misure di “secondo livello” a carattere “macro-organizzativo” tali da essere predisposte nella fase progettuale³³; con precisione, il *coordinamento* riguarda la connessione delle varie fasi dei lavori, la *cooperazione* attiene al contributo di ciascuno nell'applicazione delle misure di prevenzione e protezione necessarie ed il *controllo* si realizza nella forma di ispezione e vigilanza rispetto a specifiche attività³⁴. Tali obblighi potrebbero integrare eventualmente una responsabilità a titolo di *culpa in vigilando*³⁵ a carico di diverse figure: il committente, il responsabile dei lavori, il coordinatore per la progettazione e l'esecuzione dei lavori, il direttore di cantiere ed il capo cantiere.

³⁰ Cfr. artt. 88 e 89 d.lgs. 81/2008.

³¹ PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 100 s.

³² Che si aggiungono alle misure generali di tutela di cui all'art. 15, d.lgs. 81/2008, cfr. CHERUBINI S., *Il Titolo IV del d.lgs. 81/2008 sulla sicurezza nei luoghi di lavoro. Profili generali*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 452 ss.; DE ANTONIIS G., *La valutazione del rischio da interferenze delle lavorazioni nei lavori e negli appalti privati*, in *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al d.lgs. n. 81/2008 come modificato e integrato dal d.lgs. n. 106/2009*, a cura di TIRABOSCHI M. - FANTINI L., con la collaborazione di LAI M. - MASI M. - PENNESI P. - RAUSEI P., Milano, 2009, 597 ss.

³³ A cui si aggiungono obblighi ulteriori: sia a carattere *organizzativo* come quelli di trasmissione del Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC), ai sensi dell'art. 101 d.lgs. 81/2008; sia adempimenti specifici, prevalentemente *operativi*, cfr. artt. 105, 108, 113, 116, d.lgs. 81/2008, così PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa*, cit., 101 s. V. nota 40.

³⁴ PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa*, cit., 107.

³⁵ V. Sezione II.

In materia di appalti³⁶, gli aspetti valutativi e gestionali relativi ai cantieri temporanei e mobili sono posti in capo al committente che, come si vedrà meglio nel prosieguo, viene identificato nelle funzioni di datore di lavoro e su cui gravano, quindi, obblighi specifici di tutela della salute dei lavoratori³⁷. Quest'ultimo ha la facoltà di nominare il *responsabile dei lavori*³⁸, con l'incarico *jure proprio* di svolgere i compiti inerenti alla sicurezza dei lavori, liberando automaticamente il committente da qualsiasi responsabilità, eccetto l'ipotesi di *culpa in eligendo*³⁹.

³⁶ Fino al d.lgs. 626/1994 e al cd. «decreto cantieri», d.lgs. 494/1996, la disciplina pretoria dei contratti d'appalto e d'opera prevedeva l'astensione assoluta del committente dall'organizzazione e dalla gestione del lavoro, in virtù di un «principio di non ingerenza»; la responsabilità del committente rilevava rispetto alla scelta dell'appaltatore, nelle forme della cd. *culpa in eligendo*, cfr. GUERRI D., *Il datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 11 ss. Il cambio di prospettiva risponde all'esigenza di far fronte al rischio connesso alla compresenza di più imprese nell'ambiente lavorativo organizzato dall'appaltante, i cd. rischi interferenziali, cfr. PIVA D., *Rischio penale per l'altrui "interferenza" e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 937 ss., ora anche in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 217 ss. Sugli aspetti lavoristici dell'appalto v. PESSI A., *"Appalto di opere e di servizi"*, in *I nuovi contratti di lavoro. Trattato Breve*, diretto da PERSIANI M., Torino, 2010, 699 ss.

³⁷ Cfr. art. 26, d.lgs. 81/2008, la disciplina è circoscritta ad alcune tipologie di contratto: appalto, prestazione d'opera e somministrazione che si realizzino in una dimensione interaziendale. Si noti che la normativa opera in «qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile il cui elenco è riportato nell'allegato X» - ai sensi dell'art. 89 lett. a), d.lgs. 81/2008 - e quindi, anche se il committente dell'opera è soltanto un privato, così Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23090, in *CED* 240377, secondo cui «il committente può essere anche un privato non imprenditore ed è penalmente responsabile [...] a meno che non abbia tempestivamente designato un direttore dei lavori con l'attribuzione a mezzo di espressa delega, limitatamente all'incarico conferitogli, di poteri decisionali e di spesa» ed «è esonerato dalla responsabilità penale [...] solo nel caso in cui si tratti di fatti inerenti ai rischi specifici delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi».

³⁸ Cfr. art. 89, comma 1, lett. c), d.lgs. 81/2008.

³⁹ Cfr. art. 93, d.lgs. 81/2008, modificato recentemente dal decreto correttivo. Anche se v. Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2008, n. 47370, su www.olympus.uniurb.it, nella quale la Corte, richiamando le pronunce precedenti, afferma che il committente sarà comunque responsabile «nel caso in cui l'omessa adozione delle misure di prevenzione prescritte, ovvero la loro inadeguatezza, sia immediatamente percepibile. Ipotesi nella quale la responsabilità del committente non potrebbe essere esclusa neanche dalla circostanza che egli abbia impartito le opportune direttive, essendo comunque necessario che ne abbia controllato, con prudente e continua diligenza, la puntuale osservanza (Cass. n. 19372/07). In linea generale, poi, il committente è ritenuto comunque corresponsabile qualora l'evento si colleghi causalmente anche alla sua condotta colposamente omissiva, come nel caso in cui egli abbia permesso l'esecuzione di lavori in presenza di situazioni di fatto oggettivamente pericolose [il lavoratore è stato spedito ad un'altezza di otto metri dal suolo, in precario equilibrio su una scala ritenuta inidonea, neanche adeguatamente fissata]. È stato, peraltro, costantemente affermato, anche di recente, da questa Corte che, nel caso in cui i lavori siano stati affidati in appalto, "risponde a garanzia della prevenzione infortunistica anche il committente il quale si ingerisca nell'organizzazione del lavoro, così partecipando all'obbligo di controllare la sicurezza del cantiere" (Cass. n. 46383/07). Ed ancora, che "il committente, anche quando non si ingerisce nella loro esecuzione, rimane

Sul committente o sul responsabile dei lavori gravano una serie di obblighi⁴⁰, la cui omissione è sanzionata penalmente⁴¹: tra questi i più rilevanti sono l'obbligo di verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa esecutrice dell'opera e dei lavoratori autonomi e quello di nominare il *coordinatore per la progettazione* e quello *per l'esecuzione* nei casi previsti⁴². Questi ultimi sono soggetti che possiedono determinati requisiti⁴³ e per i quali sono previsti alcuni obblighi⁴⁴, tra cui sussiste, in particolare, quello di redigere il piano di sicurezza e coordinamento (PSC)⁴⁵, ai sensi dell'art. 100 d.lgs. 81/2008, da integrarsi con il piano operativo di sicurezza (POS), redatto da ciascuna impresa esecutrice con riguardo alle cautele necessarie. Una funzione analoga a quella del PSC redatto nei cantieri, è svolta in materia di appalti "interni", dal documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI)⁴⁶, elaborato dal committente al fine di promuovere la cooperazione nell'attuazione delle misure di protezione e prevenzione e la cui accettazione da parte dei datori di lavoro delle imprese, unitamente ai POS, costituiscono l'adempimento di cui all'art. 17, comma 1, lett. a), d.lgs. 81/2008⁴⁷.

comunque obbligato a verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa e dei lavoratori autonomi prescelti in relazione ai lavori affidati" (Cass. n. 8589/08). In particolare, si è affermato che il committente, nella scelta del soggetto incaricato dei lavori, deve attenersi a fondamentali regole di diligenza e prudenza che lo obbligano, anzitutto, ad accertarsi che la persona, alla quale si rivolge, sia munita dei titoli di idoneità prescritti dalla legge, di capacità tecniche e professionali adeguate all'attività commissionata ed abbia la disponibilità dei mezzi tecnici necessari all'esecuzione dei lavori, verificandone la loro rispondenza alle norme di prevenzione degli infortuni. [...] In tale contesto di assoluta indifferenza per la vita altrui, il rimpallo delle responsabilità appare inaccettabile».

Al di fuori dei casi in cui gli interventi edilizi siano realizzanti nel cantiere, grava comunque sul committente la responsabilità per *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, cfr. GUERRI D., *Il datore di lavoro*, cit., 21 s.

⁴⁰ Cfr. art. 90 d.lgs. 81/2008, a cui si aggiungono gli obblighi di notifica preliminare, di trasmissione e comunicazione dei nominativi, di cui rispettivamente agli artt. 99, 101, 90 comma 7, d.lgs. 81/2008.

⁴¹ Cfr. artt. 55, comma 5, e 157 d.lgs. 81/2008.

⁴² Cfr. art. 90, comma 3, d.lgs. 81/2008.

⁴³ Cfr. art. 98 d.lgs. 81/2008.

⁴⁴ Cfr. art. 92 d.lgs. 81/2008.

⁴⁵ In particolare il compito di redigere il PSC è del coordinatore per la progettazione, ai sensi dell'art. 91, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 81/2008, da cui è esonerato solo nei casi di urgenza di cui all'art. 100, comma 6, d.lgs. 81/2008.

⁴⁶ Anche in materia di appalti "interni" si introduce un livello di prevenzione "speciale" ed aggiuntivo rispetto a quello generale, così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 123 s.

⁴⁷ Cfr. art. 96, comma 2, d.lgs. 81/2008.

Sul committente o sul responsabile dei lavori grava, inoltre, l’obbligo di vigilanza sull’attività del coordinatore⁴⁸.

Tra gli altri soggetti che partecipano al sistema-sicurezza nei cantieri vi sono: l’*impresa esecutrice*, il cui datore di lavoro deve garantire le misure di tutela ai sensi degli artt. 95 e 96, d.lgs. 81/2008; l’*impresa affidataria*, vale a dire l’appaltatore del committente che può avvalersi di imprese subappaltanti e di lavoratori autonomi, sulla quale gravano gli obblighi di tutela di cui all’art. 96 d.lgs. 81/2008; il *direttore di cantiere* ed il *capocantiere*, che sono rispettivamente il dirigente ed il proposto delle imprese esecutrici o affidatarie e possono assumere il ruolo di garanti della sicurezza dei lavoratori, in quanto su tali soggetti grava in ogni caso l’obbligo di controllo e supervisione del rispetto delle norme antinfortunistiche e dell’utilizzo nel cantiere dei dispositivi di sicurezza; ed, infine, i *lavoratori autonomi* che, al pari degli altri lavoratori, sono obbligati ad adeguarsi alle indicazioni fornite dai coordinatori e dal PSC e dal POS⁴⁹.

1.2. Altri soggetti “garanti”

Se da un lato, quindi, il datore di lavoro è il responsabile dell’organizzazione dell’attività ed esercita i poteri gestionali, decisionali e di spesa, dall’altro il *dirigente*, nell’ambito dell’organigramma aziendale, è colui che ha il compito di attuare le direttive impartite dal datore di lavoro, organizzando l’attività lavorativa e vigilando su di essa, in virtù dei poteri

⁴⁸ A tal proposito, si è osservato come il committente sarebbe in questo caso il «controllore del controllore» dando vita ad un fenomeno di «doppio controllo», così D’AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 67 ss. e spec. 74.

⁴⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 giugno 2007, n. 29204, in *Riv. pen.*, 2008, 421 ss., con nota di DEL FORNO E. JR., in cui si afferma che «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, il titolare dell’impresa esecutrice ha l’obbligo di vigilare sull’osservanza delle disposizioni dettate per garantire la sicurezza dei ponteggi mobili anche quando questi vengano utilizzati non solo dai propri dipendenti, ma altresì da lavoratori autonomi che abbiano appaltato i lavori di rifinitura, atteso che la legge gli impone di curare la cooperazione con questi ultimi e le interazioni con le attività che avvengono all’interno del cantiere (fattispecie avente ad oggetto la responsabilità del datore di lavoro per le lesioni subite in seguito alla caduta dal ponteggio utilizzato dal lavoratore autonomo, cui non era stata fornita la prevista cintura di sicurezza e che non era stato informato sui rischi conseguenti all’avvenuto parziale smontaggio della struttura da parte dei dipendenti dell’impresa esecutrice)».

gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico⁵⁰. Il dirigente, pur avendo incarichi di gestione, si differenzia dal datore di lavoro per la mancanza dei poteri decisionali e finanziari⁵¹; tuttavia, anche quest'ultimo può essere responsabile *jure proprio* degli stessi obblighi di sicurezza gravanti sul datore di lavoro⁵²: il presupposto necessario per il trasferimento dei poteri di organizzazione e gestione – e dei correlativi poteri di spesa – è il rilascio di una delega, che seppur nulla non esonera dalla responsabilità per gli obblighi *ex lege* previsti all'art. 18 d.lgs. 81/2008⁵³. La giurisprudenza di legittimità ha elaborato alcuni parametri per individuare la funzione dirigenziale nel caso concreto, affermando che «la figura del dirigente presuppone l'esistenza di comportamenti ricorrenti, costanti e specifici dai quali desumersi l'effettivo esercizio di funzioni dirigenziali [...] con poteri decisionali al riguardo»⁵⁴; è da aggiungersi che, anche in questo caso, vale il principio di effettività, che estende la qualifica formale all'esercizio di fatto delle funzioni corrispondenti⁵⁵.

Il *preposto*, invece, è colui che garantisce l'attuazione delle direttive ricevute e sovrintende l'attività lavorativa, nei limiti dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli⁵⁶: è destinatario *iure proprio* di una serie di obblighi specifici⁵⁷ che si sostanziano nel controllo diretto delle attività lavorative altrui e che prescindono da un'eventuale delega di

⁵⁰ Cfr. art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 81/2008.

⁵¹ CULOTTA A. – DI LECCE M. – COSTAGLIOLA G., *Prevenzione e sicurezza*, cit., 133. Rientrano quindi nella categoria coloro che sono preposti alla direzione tecnico amministrativa dell'azienda o di un reparto di essa, quali gli institori, i direttori tecnici o amministrativi, i capi ufficio, i capi reparto.

⁵² Per i contrasti interpretativi sull'individuazione del soggetto dirigente prima dell'intervento normativo, v. PADOVANI T., *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1583 s.

⁵³ D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 48.

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2008, in *CED* 239586. V. SCORDAMAGLIA I., *Il diritto penale della sicurezza*, cit., 7.

⁵⁵ La *ratio* è quella di incidere su tutte quelle ipotesi in cui ci sia stata un'usurpazione di funzioni o più frequentemente un'assunzione al nero o lo svolgimento di mansioni superiori alla qualifica formalmente assunta, cfr. PADOVANI T., *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione*, cit., 1586.

⁵⁶ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008. è tale il capo cantiere, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 16888, cit.; a proposito dei rapporti con il direttore di cantiere ed il committente è da segnalare il fatto che questi siano titolari di autonome posizioni di garanzia, Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2008, n. 38002, in *CED* 241217.

⁵⁷ Cfr. art. 19, d.lgs. 81/2008.

funzioni⁵⁸ conferita dal datore di lavoro; ciò si ricava, del resto, anche dal fatto che le sanzioni per l'inosservanza della normativa, di cui è direttamente onerato il preposto⁵⁹, sono distinte da quelle previste per il datore di lavoro e per il dirigente⁶⁰. Tra i suoi obblighi principali rientra quello di verificare la rispondenza dei luoghi di lavoro alle prescrizioni antinfortunistiche⁶¹ e di fare il possibile per rimuovere eventuali situazioni pregiudizievoli per la sicurezza dei lavoratori riscontrate nello svolgimento dell'attività, cui egli sovrintende.

Come per il dirigente, anche per il preposto vige il principio di effettività⁶² in base al quale occorre avere riguardo più che alle qualificazioni formali alle

⁵⁸ Ciò non toglie che possa comunque essere destinatario di una delega espressa da parte del datore di lavoro al fine di svolgere compiti di competenza del datore o del dirigente, purché a questa corrisponda il trasferimento dei poteri necessari e sempre che si tratti di obblighi delegabili, cfr., D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 50. Va osservato che comunque al datore di lavoro resta l'obbligo di vigilanza, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2004, n. 18638, in CED 228344, in cui si afferma che «in tema di prevenzione infortuni, il datore di lavoro deve controllare che il preposto, nell'esercizio dei compiti di vigilanza affidatigli, si attenga alle disposizioni di legge e a quelle, eventualmente in aggiunta, impartitegli; ne consegue che, qualora nell'esercizio dell'attività lavorativa si instauri, con il consenso del preposto, una prassi *contra legem*, foriera di pericoli per gli addetti, in caso di infortunio del dipendente la condotta del datore di lavoro che sia venuto meno ai doveri di formazione e informazione del lavoratore e che abbia omesso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi, integra il reato di lesione colposa aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche».

⁵⁹ Cfr. art. 56, d.lgs. 81/2008.

⁶⁰ Cfr. art. 55, d.lgs. 81/2008.

⁶¹ In particolare, la conformità dei macchinari alle prescrizioni antinfortunistiche, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 1899 ss. Inoltre, grava su di lui l'obbligo di segnalare tempestivamente al datore di lavoro, sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro (cfr. art. 19, comma 1, lett. f), d.lgs. 81/2008) ed eventualmente la necessità di procedere all'aggiornamento delle misure, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 01 dicembre 2009, n. 1502, in *Riv. pen.*, 2010, 632 ss., di cui si riporta una parte significativa: «in tema di responsabilità penali correlate alla violazione di norme volte a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro, deve ritenersi che il soggetto investito della qualità di preposto risponda a titolo proprio e non quale delegato dal datore di lavoro degli eventi lesivi causalmente ricollegabili alla inosservanza dei doveri su di lui gravanti, che sono essenzialmente quello di sorvegliare e controllare l'attività dei lavoratori sottoposti (cui può anche impartire istruzioni e ordini) e quello di segnalare al datore di lavoro eventuali pericoli o carenze nei sistemi di protezione (nella specie, in applicazione di tale principio, la corte ha ritenuto che correttamente il preposto di un cantiere edile fosse stato dichiarato responsabile del reato di lesioni colpose per avere egli omesso di avvertire chi di dovere della mancanza di acqua potabile nel "container" adibito a locale per servizi igienici nonché di avvertire un operaio dipendente della presenza, in detto "container" di una bottiglia con un'etichetta "vino aromatizzato all'uovo" in cui era però contenuto del liquido antigelo che il detto dipendente, a suo dire, non avendo trovato acqua da bere, aveva ingerito, rimanendone intossicato)». Cfr. CULOTTA A. – DI LECCE M. – COSTAGLIOLA G., *Prevenzione e sicurezza*, cit., 140 ss.

⁶² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2010, n. 38691, in CED 248860, in cui si afferma che «la prova dell'assunzione del ruolo di preposto non richiede un elemento probatorio documentale o formale, potendo il giudice del merito fondare il proprio convincimento anche su testimonianze od altri accertamenti fattuali».

«mansioni effettivamente svolte», in particolare, alla «posizione di preminenza rispetto agli altri lavoratori così da poter loro impartire ordini, istruzioni o direttive sul lavoro da eseguire»⁶³, tale da rivestire il ruolo di estensione soggettiva del datore di lavoro, con il quale, nelle ipotesi di violazioni della normativa di sicurezza, è chiamato a condividere la responsabilità a titolo di *culpa in vigilando*⁶⁴.

Il *responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP)*⁶⁵ è il soggetto che collabora con il datore di lavoro al fine di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori⁶⁶, contribuendo alla predisposizione del piano di sicurezza e svolgendo funzioni strettamente consultive⁶⁷, senza alcun potere decisionale o finanziario: per questo motivo non rientra fra i soggetti chiamati a rispondere penalmente delle violazioni prevenzionistiche⁶⁸, anche se non mancano i casi in cui è stata ravvisata una responsabilità concorsuale con il datore di lavoro per aver imprudentemente omesso di segnalare un pericolo o per aver fornito un consiglio sbagliato⁶⁹. In ogni caso, è necessario il possesso di determinate capacità e requisiti professionali, adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo

⁶³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 giugno 2007, in *CED* 237468, (cd. Lanzellotti).

⁶⁴ SCORDAMAGLIA I., *Il diritto penale della sicurezza*, cit., 8.

⁶⁵ Cfr. art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs. 81/2008. In alcuni casi le stesse funzioni possono essere svolte direttamente dal datore di lavoro, cfr. artt. 31, comma 6 e 34, d.lgs. 81/2008.

⁶⁶ Cfr. art. 33 d.lgs. 81/2008.

⁶⁷ D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 52 s. Sono semplici ausiliari del datore di lavoro, cfr. Cass. pen., Sez. fer., 12 agosto 2010, n. 32357, in *Foro it.*, 2010, II, 540 ss., ed è esclusa qualsiasi posizione di garanzia tanto che «la responsabilità del datore di lavoro per l'inosservanza delle norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro non è esclusa dalla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione [...] al quale non è delegabile alcuna funzione». Sul punto, cfr. PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, I, 131. *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, cit. (cd. Di Martino); Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 595 ss.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2005, in *Not. giur. lav.*, 2006, 352 ss., la Corte se anche esclude «la sanzionabilità penale o amministrativa di eventuali comportamenti inosservanti» ciò non significa «che questi componenti possano e debbano ritenersi in ogni caso esonerati da qualsiasi responsabilità penale e civile derivante da attività svolte nell'ambito dell'incarico ricevuto».

⁶⁹ Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, cit., (cd. Di Martino), in cui si afferma che «in caso di infortunio mortale occorso a un lavoratore, risponde del delitto di omicidio colposo il responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale».

di lavoro⁷⁰. Siccome, poi, la sua designazione compete al datore di lavoro e rientra fra gli obblighi non delegabili di cui all'art. 17, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008, eventuali violazioni della normativa o errori valutativi del RSPP, in caso d'infortunio, potrebbero configurare in capo al datore di lavoro una *culpa in eligendo* o *in vigilando*⁷¹, quantomeno nel caso in cui si tratti di palesi violazioni.

Anche il *rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*⁷², per quanto sia una figura che consente una sempre più ampia partecipazione dei lavoratori alla costruzione del sistema di prevenzione, ha esclusivamente funzioni consultive che, pur essendo tutelate dall'illecito penale configurabile in capo al datore di lavoro o al dirigente che omettano la consultazione⁷³, non attengono alla sfera decisionale e che, quindi, non prevedono sanzioni che si rivolgano direttamente al rappresentante medesimo.

Il *medico competente*⁷⁴ collabora con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare sia compiti di sorveglianza⁷⁵ che compiti di collaborazione⁷⁶, la cui omissione è sanzionata a titolo di contravvenzione⁷⁷ e solo nel caso in cui ne derivi un infortunio o una malattia professionale⁷⁸.

⁷⁰ Cfr. art. 32 d.lgs. 81/2008. Cfr. CULOTTA A. – DI LECCE M. – COSTAGLIOLA G., *Prevenzione e sicurezza*, cit., 69.

⁷¹ D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 54 s. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32195, in *Giust. pen.*, 2011, II, 472 ss., in cui si afferma che «il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, pur in assenza di una previsione normativa di sanzioni penali a suo specifico carico, può essere ritenuto responsabile, in concorso con il datore di lavoro od anche a titolo esclusivo, del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle iniziative idonee a neutralizzare tale situazione».

⁷² Cfr. artt. 2, comma 1, lett. i) e 50, d.lgs. 81/2008. Ai sensi dell'art. 37, comma 10, il rappresentante ha diritto ad una formazione specifica.

⁷³ Cfr. art. 55 d.lgs. 81/2008.

⁷⁴ Cfr. art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. 81/2008, è il soggetto in possesso di uno dei titoli e dei requisiti formative e professionali previsti dall'art. 38.

⁷⁵ Cfr. art. 41 d.lgs. 81/2008, la sorveglianza sanitaria può anche essere attivata dalla richiesta di un singolo lavoratore.

⁷⁶ Cfr. art. 25 d.lgs. 81/2008, cfr. CULOTTA A. – DI LECCE M. – COSTAGLIOLA G., *Prevenzione e sicurezza*, cit., 102.

⁷⁷ Cfr. art. 58 d.lgs. 81/2008.

⁷⁸ Cfr. Trib. Pisa, 1 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, 780 ss., il Tribunale ha dichiarato che «in tema di prevenzione infortuni e tutela della salute dei lavoratori, la mancata segnalazione al datore di lavoro, da parte del medico competente, dei rischi biologico e chimico, con la mancata indicazione delle contromisure ritenute necessarie, configura a carico del sanitario una responsabilità penale ex art. 58, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 81/2008». Per un'analisi sistematica, cfr. D'AVIRRO A., *I soggetti responsabili*, cit., 58 ss.

Infine, viene in rilievo anche il *lavoratore* stesso che, ai fini della normativa, è individuato funzionalmente all'organizzazione del datore di lavoro⁷⁹, in modo svincolato dalla tipologia contrattuale e dalla retribuzione. Questi non è solo il “beneficiario” della disciplina prevenzionistica, bensì può assumere anche il ruolo di “soggetto attivo” del reato, gravando su di lui l'obbligo di «*prendersi cura*»⁸⁰ della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro - nel rispetto di un reciproco principio di affidamento⁸¹ - presidiato dai corrispondenti illeciti penali ed amministrativi⁸². Inoltre, il lavoratore ha l'obbligo di segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o ai preposti le carenze dei dispositivi e dei mezzi di protezione predisposti o altre situazioni di pericolo di cui venga a conoscenza, altrimenti potrebbe ravvisarsi un'inerzia colpevole ed un'ipotesi di concorso nel reato⁸³. Come già osservato⁸⁴, il lavoratore incorre in una responsabilità

⁷⁹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. 81/2008, che prevede anche l'elencazione dei soggetti equiparati al lavoratore, come ad esempio l'associato in partecipazione, gli allievi di istituti di istruzione ed universitari ed i volontari della protezione civile.

⁸⁰ Cfr. art. 20 d.lgs. 81/2008. Tale ultimo concetto sembra essere un rafforzativo rispetto alla semplice osservanza delle norme di prevenzione, cfr. BERNASCONI C., *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, cit., 91. Il lavoratore ha numerosi diritti e facoltà, di informazione, formazione e consultazione, nonché di astensione dall'attività lavorativa, come riconosciuto in Cass. pen., Sez. IV, 5 marzo 2009, n. 14437, in *ISL*, 2009, 404 ss.; ed anche, Cass. civ., Sez. lav., 9 maggio 2005, n. 9576, in *CED* 581077, in *Not. giur. lav.*, 2005, 615 ss., in cui la Corte afferma che «sussiste una evidente violazione di principi di diritto nel momento in cui si esclude la facoltà del lavoratore di astenersi dallo svolgere determinate operazioni lavorative anche nell'ipotesi della sussistenza di concreti pericoli alla salute connessi al non corretto adempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi a carico del medesimo di tutela delle condizioni di lavoro; infatti, non vi può essere dubbio che il lavoratore, ove effettivamente sussistano situazioni pregiudizievoli per la sua salute o per la sua incolumità, possa legittimamente astenersi dalle prestazioni che lo esponano ai relativi pericoli, in quanto è coinvolto un diritto fondamentale, espressamente previsto dall'art. 32 cost., che può e deve essere tutelato in via preventiva, come peraltro attesta anche la norma specifica di cui all'art. 2087 c.c. ».

Ed in alcuni casi è stata ravvisata in capo al lavoratore una vera e propria posizione di garanzia, v. Cass. pen., Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 15009, in *CED* 243209, in cui si afferma che «in materia di prevenzione antinfortunistica, il lavoratore che assume il ruolo di formatore dell'apprendista è titolare di un obbligo di tutela e vigilanza sulle attività in concreto esercitate da quest'ultimo, rispondendo dell'infortunio occorsogli qualora si sia reso inadempiente a tale obbligo (fattispecie in cui la corte ha ritenuto la responsabilità per omicidio colposo del formatore in relazione alla morte dell'apprendista conseguita all'improprio utilizzo da parte di quest'ultimo di un carrello elevatore)».

⁸¹ Anche il datore di lavoro ha il diritto di attendersi che il lavoratore presti gli adempimenti che gli spettano con la normale diligenza, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 febbraio 1993, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 101 ss., (cd. Giordano) con nota di VOLPE G.P., *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, v. nota 119 del Capitolo I.

⁸² Cfr. art. 59 d.lgs. 81/2008.

⁸³ Cass. pen., Sez. IV, 14 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, II, 197 ss., con nota di AMATO G., in cui si afferma: «correttamente viene ravvisata la responsabilità anche del lavoratore

esclusiva per l'infortunio occorso quando il comportamento presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute o all'atipicità ed eccezionalità, in quanto causa esclusiva dell'evento, che renda inefficace la vigilanza predisposta⁸⁵.

Ed ancora, sono chiamati al rispetto degli obblighi di sicurezza anche i *soggetti estranei*⁸⁶ al rapporto di lavoro: i progettisti⁸⁷, i fabbricanti⁸⁸, i

subordinato per un infortunio subito da un terzo che assisteva ai lavori a seguito del verificarsi di una frana durante lo scavo di un pozzo, allorché si accertino a suo carico profili di colpa, quali quello di aver iniziato e continuato i lavori di scavo senza applicare le armature necessarie ad evitare il franamento del terreno e quello di avere utilizzato per l'esecuzione dei lavori un macchinario inadeguato». Ma v. anche Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2001, n. 20145, in *Dir. prat. lav.*, 2001, 1688 ss., con riguardo all'obbligo di segnalazione, la Corte lo identifica come «un obbligo che sussiste con esclusivo riguardo alle carenze che si manifestino improvvisamente durante il lavoro e non con riguardo alle carenze preesistenti che il datore di lavoro avrebbe dovuto conoscere ed eliminare di propria iniziativa, indipendentemente dalla noncuranza o dalla relativa inerzia dei dipendenti». Dello stesso avviso, Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919 ss., in cui la Corte precisa ulteriormente che «il lavoratore è tenuto a segnalare le carenze antinfortunistiche che si manifestino improvvisamente durante il lavoro e non le carenze preesistenti che il datore di lavoro avrebbe dovuto conoscere ed eliminare di propria iniziativa, indipendentemente dalla noncuranza o dalla relativa inerzia dei dipendenti; e tuttavia, nel caso di attribuzione al lavoratore di una specifica funzione che lo ponga in grado di valutare l'esistenza di rischi derivanti anche dalla sua attività per gli altri lavoratori o per le persone presenti nell'ambiente di lavoro, il lavoratore deve ritenersi obbligato a segnalare l'esistenza del pericolo anche se i debitori di sicurezza ne sono a conoscenza o dovrebbero esserlo».

⁸⁴ Cfr. ROIATI A., *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, nota a Cass. pen., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *CED* 23672, in *Cass. pen.*, 2008, 2867 ss. V. Capitolo I.

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, II, 147 ss., in cui si afferma chiaramente che «in tema di infortuni sul lavoro, vige il principio in forza del quale l'addebito di responsabilità formulabile a carico del datore di lavoro non è escluso dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, salvo che ci si trovi in presenza di comportamenti abnormi, come tali eccezionali ed imprevedibili, quale quello del lavoratore che, indotto da altro soggetto estraneo all'apparato aziendale, si impegni in un'attività del tutto esorbitante rispetto alle specifiche mansioni affidategli». Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, 1007 ss., (cd. Pelosi), v. nota 92 nel Capitolo I; Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2006, in *Resp. risarcim.*, 2006, 9, 65 ss., (cd. Giovine), con nota di AMATO G.

⁸⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 2002, n. 7331, in *ISL*, 2004, 725 ss., nella quale si afferma che «risponde della violazione delle norme antinfortunistiche non solo chi, essendovi tenuto per qualifica e statuto funzionale, non le osserva o non le faccia osservare, ma anche chi, pur non avendo nell'impresa una veste istituzionale formalmente riconosciuta, si comporti, di fatto, come se l'avesse e impartisca ai lavoratori ordini attinenti all'esecuzione dei lavori; questo secondo profilo di responsabilità non esclude, ma concorre, ove ne ricorrano le condizioni, con quello dei soggetti gravati *iure proprio* dell'obbligo di impartire gli ordini e di pretendere il rispetto delle norme antinfortunistiche».

⁸⁷ Cfr. art. 22 d.lgs. 81/2008. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2009, n. 13866, in *CED* 243201, nella quale si afferma che «il progettista dei luoghi di lavoro è destinatario degli obblighi in materia antinfortunistica e dunque, nel compiere le scelte progettuali, deve tenere conto dei principi generali di prevenzione della sicurezza e della salute dei lavoratori (in applicazione del principio la corte ha ritenuto il progettista di uno scavo responsabile per la morte dei lavoratori deceduti nella sua esecuzione a causa di uno smottamento del terreno, in quanto lo stesso non aveva svolto le indagini geologiche e geotecniche pure imposte nel caso di

fornitori⁸⁹, gli installatori⁹⁰ di attrezzature di lavoro, di dispositivi di protezione individuale e di impianti; la responsabilità di questi soggetti non fa venire meno quella del datore di lavoro o dei dirigenti, che hanno uno specifico obbligo di vigilanza di cui all'art 18, comma 3-*bis*, eccetto il caso in cui la responsabilità per l'evento lesivo sia addebitabile esclusivamente ai soggetti esterni⁹¹.

2. Delega di funzioni: inquadramento dogmatico e distinzioni preliminari

Com'è noto, una delle novità più significative del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 è quella di aver finalmente conferito un preciso statuto normativo all'istituto della delega di funzioni⁹² che fino a quel momento aveva avuto un'elaborazione

specie dalla legge e, conseguentemente, non avendo adeguatamente valutato il rischio di crolli, aveva omesso di prevedere la realizzazione di adeguate protezioni atte a prevenirlo)».

⁸⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 1899 ss., (cd. Di Martino), la Corte li individua come soggetti che «a vario titolo, sono titolari *pro quota* dell'obbligazione di garanzia (preposti, lavoratori, progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori, medico competente) e l'inosservanza a tale obbligo, con riferimento al rispetto della normativa prevenzionale, può portare alla responsabilità del soggetto obbligato in ossequio al principio generale fissato dall'art. 40, comma 2, c.p.».

⁸⁹ Cfr. art. 23 d.lgs. 81/2008. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 2003, n. 41985, cit., in cui la Corte ha affermato che «l'imprenditore/costruttore, che costruisca una macchina industriale priva dei presidi antinfortunistici previsti dalla legge [...] non può invocare il principio dell'affidamento qualora l'acquirente faccia uso della macchina ponendo in essere una condotta imprudente, condotta che, ove la macchina fosse stata munita dei presidi antinfortunistici richiesti dalla legge, sarebbe stata resa innocua o, quanto meno, non avrebbe avuto quelle date conseguenze».

⁹⁰ Cfr. art. 24 d.lgs. 81/2008.

⁹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2011, n. 34373, in *Not. giur. lav.*, 2011, 598 ss., in cui si afferma che «ai sensi dell'art. 18, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2008, il datore di lavoro e il dirigente, oltre ad assolvere agli obblighi propri dettagliati nei precedenti commi dello stesso articolo, sono altresì tenuti a vigilare sull'adempimento degli obblighi propri dei preposti, dei lavoratori, dei progettisti, dei fabbricanti e dei fornitori, degli installatori e del medico competente, ferma peraltro restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati in proprio dalle norme citate, allorché la mancata attuazione dei relativi obblighi" sia addebitabile unicamente agli stessi", non essendo riscontrabile un difetto di vigilanza da parte del datore di lavoro e del dirigente». Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2001, in *Riv. pen.*, 2002, 480 ss., in cui la Corte ha affermato che «la persona addetta alla verifica di regolare funzionamento di un impianto è responsabile degli eventi lesivi che discendono da errori progettuali o di costruzione dell'impianto stesso quando detti errori - di norma imputabili al progettista o al costruttore del bene - appaiono *evidenti* per l'addetto, in considerazione delle sue competenze tecniche, e lo stesso ometta di segnalarli al proprietario o gestore dell'impianto (fattispecie nella quale è stata riconosciuta la responsabilità penale *ex art. 589 e 40, comma 2, c.p.*, del collaudatore di una giostra che aveva omesso di rilevare un'anomalia di costruzione dell'impianto la quale, provocando il distacco di una cabina, ha determinato la morte degli occupanti)», sul punto v. Sezione II.

⁹² Cfr. artt. 16 e 17 d.lgs. 81/2008. L'istituto era riconosciuto solo implicitamente sul piano normativo ai sensi dell'art. 1, comma 4-*ter*, d.lgs. 626/1994, che elencava un nucleo di funzioni non delegabili da parte del datore di lavoro; l'intervento normativo è stato ritardato negli anni a

prevalentemente giurisprudenziale e dottrinale. Pur non fornendo una definizione giuridica dell’istituto, la disciplina ne codifica espressamente la struttura, i requisiti essenziali e gli effetti giuridici⁹³ secondo l’idea per cui il fenomeno dovrebbe rappresentare «una consueta e diffusa modalità di adempimento

causa di un contrasto fra imprenditori e rappresentanti sindacali: i primi richiedevano il riconoscimento espresso dell’efficacia liberatoria della delega sotto il profilo penale, i secondi si opponevano per il rischio che fosse solo un mezzo per liberarsi o diradare la relativa responsabilità, v. FERRANTE M.L., *I soggetti responsabili nel diritto penale del lavoro*, cit., 123. Il d.lgs. 106/2009 ha apportato recentemente alcune novità in materia precisando la portata contenutistica del dovere di vigilanza che permane in capo al soggetto delegante, di cui all’art. 18, comma 3-bis e la possibilità di subdelega, v. *infra*.

⁹³ Merita segnalare che la Commissione europea, con una lettera di messa in mora – C(2011)6692 del 29 settembre 2011, parzialmente confermata con il parere motivato del 21 novembre 2012 - ha aperto una procedura d’infrazione contro l’Italia per il «non corretto recepimento della direttiva 89/391/CEE, relativa all’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro», cfr. *Procedura di infrazione n. 2010/4227*. Tra i diversi rilievi, alcuni riguardano proprio l’istituto della delega di funzioni disciplinata dal d.lgs. 81/2008. In sintesi, secondo la Commissione, l’art. 5 della direttiva prevede che l’obbligo del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori potrebbe essere *derogato o attenuato unicamente nel caso in cui vi siano circostanze estranee, eccezionali e imprevedibili*: risulterebbe pertanto in contrasto con la normativa comunitaria sia l’art. 16, comma 3, che fa residuare a carico del delegante solo un dovere di vigilanza, incerto nei contenuti, non direttamente sanzionato e «assolto» con la semplice «adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4; sia l’art. 16, comma 3-bis, in quanto esso limiterebbe l’obbligo di vigilanza al sub-delegante. In entrambi i casi, la Commissione ravvisa un’inammissibile «deresponsabilizzazione» del datore di lavoro nei confronti degli obblighi relativi alla salvaguardia della salute e sicurezza sul lavoro, e quindi una violazione dell’art. 5 della direttiva citata. Si rinvia a MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto “correttivo”, su www.penalecontemporaneo.com*, 2012, 2 s., ora anche in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 91 ss.; sul punto v. PIVA D., *Infortunistica sul lavoro: botta e risposta tra istituzioni italiane ed europee*, su *www.nelmerito.com*, 16 dicembre 2011, di cui si riporta una parte significativa, in cui l’Autore sostiene chiaramente che «nella legislazione italiana in materia di infortuni sul lavoro il coinvolgimento dei “vertici”, anche nel caso di delega di funzioni, si è andato progressivamente estendendo e non limitando, per effetto, oltre che dell’aumento generalizzato delle sanzioni penali e/o amministrative, dell’introduzione della responsabilità degli enti ex art. 25-septies, d.lgs. 231/2001 che si aggiunge a quella del datore di lavoro-persona fisica: [...] basti pensare al recente caso *Thyssenkrupp*, [...] il giudizio della Commissione non sembra tener conto degli sviluppi più diffusi del nostro “diritto vivente”, notoriamente caratterizzato, specie ove si tratti di lavori svolti in cantiere, da una costante “verticalizzazione” delle responsabilità penali per la sicurezza, attuata mediante la moltiplicazione giurisprudenziale delle posizioni di garanzia; l’estensione della disciplina, di per sé già indeterminata, della cooperazione nel delitto colposo (art. 113 c.p.); nonché l’applicazione di meccanismi tendenzialmente presuntivi in tema di accertamento del nesso causale e della colpa del datore di lavoro. Ne deriva che, nella prassi giudiziaria, il vertice viene già chiamato a rispondere, da solo o in concorso con altri, di aver cagionato o, comunque, non aver impedito, ogni singolo infortunio che si verifichi nell’esercizio dell’impresa come se il rischio “penale” potesse atteggiarsi a mero risvolto di quello “imprenditoriale”».

dell'obbligo; non, quindi, un fatto eccezionale, né un espediente per eludere il precetto»⁹⁴.

La premessa da cui partire è quella che vede il datore di lavoro come il principale destinatario degli obblighi di assicurazione, osservanza e sorveglianza delle misure e dei presidi di prevenzione antinfortunistica, stante l'art. 2087 c.c.⁹⁵: si può dire *tout court* che il datore di lavoro è il garante dell'incolumità del lavoratore⁹⁶. Tuttavia, nella moderna realtà industriale è ormai diffusa la necessità di ripartire gli adempimenti che diventano sempre più numerosi e di varia natura⁹⁷: di qui l'esigenza di una chiara positivizzazione dell'istituto della delega che in realtà, pur essendo il più usato, non costituisce l'unico strumento

⁹⁴ Così VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di GIUNTA F. - MICHELETTI D., Milano, 2010, 38; a sostegno dello stesso orientamento si richiama, PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983, 66; PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, Roma, 1982, IV, 178 ss. 182; PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 137; ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 211. Cfr., tra le poche, Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 1998, in *Riv. pen.*, 1005 ss., (cd. Moscatelli).

⁹⁵ Cfr. AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss. Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 20227, in *Riv. pen.*, 2012, 1121 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 19 maggio 2011, in *Giust. pen.*, 2012, II, 160 ss., in cui si afferma che «in tema di delitti colposi derivanti da infortunio sul lavoro, per la configurabilità della circostanza aggravante speciale della violazione delle norme antinfortunistiche non occorre che siano violate norme specifiche dettate per prevenire infortuni sul lavoro, essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa della violazione dell'art. 2087 c.c., che fa carico all'imprenditore di adottare, nell'esercizio dell'impresa, tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori»; Cass. pen., Sez. IV, 16 settembre 2008, n. 38819, in *Not. giur. lav.*, 2009, 43 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 30 novembre 2007, n. 44791, in *ISL*, 2008, 3, 163 ss., (cd. Zubiena); Cass. civ., Sez. lav., 7 gennaio 2009, n. 45, in *Mass.*, 2009, 3 ss.

⁹⁶ Il problema che sorge è che in una consolidata interpretazione giurisprudenziale, in virtù di tale posizione di garanzia, laddove non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento- infortunio gli è addebitato ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., a prescindere dal contributo causale della sua condotta; l'approfondimento della questione si rinvia alla Sezione II. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, cit., (cd. Di Martino); Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2007, in *Impresa*, 2007, 1130 ss., in cui la Corte afferma che «il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare l'attività lavorativa in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo previsto dall'art. 40, comma 2, c.p.».

⁹⁷ Si è già detto a proposito della «spersonalizzazione» dell'attività imprenditoriale, per cui sarebbe difficile per il datore di lavoro occuparsi personalmente di tutti gli adempimenti relativi, per i quali potrebbe anche non possedere tutte le capacità tecniche richieste, v. Sezione I nel Capitolo I.

per il trasferimento di funzioni⁹⁸ ed ancora oggi, nonostante l'intervento legislativo, presenta alcune problematicità. La specificità della delega di funzioni consiste nel fatto che un altro soggetto può subentrare nella posizione di garanzia originariamente in capo al datore di lavoro. L'obiettivo dell'interprete è, allora, quello di giungere a stabilire chi debba rispondere in caso di trasferimento di funzioni, entro quali limiti e su quali presupposti⁹⁹ ed il punto da cui partire concerne il significato della qualifica del soggetto attivo nel reato esclusivo¹⁰⁰, in quanto la responsabilità è da ricollegarsi al soggetto che esercita la funzione corrispondente¹⁰¹: soluzioni approssimative o rigoristiche rischierebbero altrimenti di configurare un'ipotesi di «responsabilità di posizione», specialmente nei casi in cui il delegato sia all'oscuro della delega stessa, nel caso delle cd. teste di paglia e nelle imprese di grandi dimensioni, in cui l'articolazione e la complessità delle strutture possono favorire forme di responsabilità oggettiva. Anche in presenza di una delega di funzioni pienamente valida, il rischio è quello di concentrare la responsabilità esclusivamente «verso l'alto» o «verso il basso», se non addirittura di creare un sistema di

⁹⁸ FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, 21, il quale osserva come il legislatore parli indifferentemente di «delega» di funzioni, di compiti, d'esecuzione o anche nel caso della coadiuvazione o del mandato, accomunando «fenomeni, magari limitrofi, ma diversi», a cui evidentemente sono connessi effetti differenti, v. *infra*.

⁹⁹ Sia sotto il profilo dell'*efficacia liberatoria* nei confronti del delegante, che sotto quello dell'*efficacia costitutiva* di responsabilità in capo al soggetto delegato, cfr. MEZZETTI E., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in *Diritto penale dell'impresa*, AMBROSETTI E. M. - MEZZETTI E. - RONCO M., Bologna, 2009, 65.

¹⁰⁰ Nei reati cd. esclusivi o propri, il problema penalistico del trasferimento di funzioni nasce dalla «scissione» che si configura tra la *qualifica soggettiva extrapenalistica* e l'*esercizio della funzione corrispondente*: la norma incriminatrice fa riferimento ad un soggetto che ha una qualifica diversa da quello che ha compiuto la condotta criminosa. Inoltre, aumentano le difficoltà qualora si tratti di reati omissivi - quali sono la maggior parte delle fattispecie incriminatrici antinfortunistiche - in quanto l'inerzia della condotta può riscontrarsi sia nel dante incarico che nell'incaricato; dunque, è essenziale capire chi tra i due soggetti sia titolare dell'*obbligo di azione*. E ancora, riguardo all'elemento psicologico del reato, sorgono ulteriori criticità nelle fattispecie punibili a titolo di colpa, in quanto comportano di stabilire quali delle due «inerzie psicologiche» assuma rilievo penalistico, così FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 16 s.

¹⁰¹ Si fa riferimento, a tal proposito, alla «responsabilità funzionale», v. VASSALLI G., *Presentazione*, in *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, FIORELLA A., Firenze, 1984, XIII; e di «reato funzionale», in corrispondenza con il termine utilizzato nella dottrina tedesca, coniato da ROXIN K., «*Pflichtdelikt*», tradotto come «delitto inerente al dovere», cfr. FIORELLA A., *ibidem*, 18 ss. e spec 35.

«irresponsabilità organizzata»¹⁰², scaricandola rispettivamente sul vertice dell'impresa o sul dipendente, senza che sussistano i presupposti per il rispetto dell'inderogabile principio della personalità della responsabilità penale e soprattutto, senza che la distribuzione della responsabilità penale per la salute e la sicurezza sia destinata ai soggetti in grado di garantirla¹⁰³.

Preliminare all'indagine è la distinzione: da un lato dell'*atto d'investitura in ruoli funzionali* tipizzati dalla legge¹⁰⁴ - che è frutto di un riparto di funzioni a titolo originario¹⁰⁵ o *iure proprio* nell'organizzazione del lavoro, al fine della divisione o specializzazione delle mansioni, in cui la funzione dell'istituto è puramente descrittiva; dall'altro, della vera e propria *delega di funzioni*, costitutiva di un nuovo centro di imputazione penale, in quanto determini il decentramento dei poteri decisionali e delle rispettive responsabilità dal titolare *ope legis* ad altro soggetto¹⁰⁶.

Un'ulteriore differenziazione da farsi è quella con la *successione nelle posizioni di garanzia*, che si manifesta allorquando si è in presenza di un trasferimento delle posizioni giuridiche o fattuali che fondano gli obblighi di

¹⁰² Cfr. GIUNTA F., *Il datore di lavoro*, cit., 6 s. Si tratterebbe di una vera e propria responsabilità per fatto altrui data l'impossibilità di tali soggetti di essere «onniscienti e onnipresenti», così MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2009, 116; cfr. FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 56, secondo il quale il rischio è quello di «pericolose manipolazioni di istituti giuridici, la cui applicazione presenta già di per sé aspetti di grande delicatezza», quale *in primis* l'istituto del concorso di persone nel reato.

¹⁰³ La «dispersione» o il «discarico» della responsabilità penale potrebbe privare il bene giuridico di un «garante efficace», idoneo ad assicurare la tutela; d'altronde che utilità avrebbe rimproverare un mero «capro espiatorio»?; così FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 232 ss. e spec. 239, secondo il quale dal punto di vista del diritto sostanziale la giustizia dell'intervento punitivo è assicurata almeno astrattamente dalla teoria del concorso di persone nel reato; tuttavia, il problema è nelle *difficoltà probatorie* connesse alla complessità dell'organizzazione ed all'incidenza delle cd. politiche d'impresa sull'agire dei soggetti.

¹⁰⁴ Il datore di lavoro, «principale» e «settoriale», il dirigente, il preposto, il medico competente e gli altri soggetti di cui si è detto, v. *supra*, così MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo"*, su www.penalecontemporaneo.com, 2012, 2 s., 4; VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 14 ss., secondo la quale se si confondessero i due istituti si rischierebbe di eludere i limiti posti dalla nuova disciplina in materia di delega di funzioni.

¹⁰⁵ Il cd. principio dello scalettamento, cfr. LECIS U., *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2010, 160 s.

¹⁰⁶ BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2769; FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 21 ss. e spec. 24, il quale osserva che la distinzione consente di identificare due fenomeni differenti: quello dell'agire per conto dell'ente collettivo e quello dell'agire per conto di altra persona fisica, solo in quest'ultimo caso vi è un trasferimento di funzioni.

protezione o di controllo penalmente rilevante¹⁰⁷ e che concerne i rapporti tra la responsabilità del «cedente» e quella del «cessionario»: in questo caso il soggetto sostituito, a differenza della delega di funzioni, perde ogni obbligo di garanzia, anche quello di vigilanza¹⁰⁸.

Il vero e proprio trasferimento di funzioni, quale atto a forma vincolata e a contenuto tassativamente delineato, trova¹⁰⁹ la sua disciplina nell'art. 16, d.lgs. 81/2008, in cui è sancito un *principio di generale delegabilità* subordinato ad alcuni requisiti di validità ed in negativo, nell'art. 17 dello stesso decreto, dove è fissato espressamente il nucleo di competenze esclusive ed indelegabili dal datore di lavoro.

La teoria accolta dal legislatore nella formulazione dell'istituto è quella *funzionalistica*¹¹⁰, per la quale è responsabile chi esercita i poteri, attuali e

¹⁰⁷ Sul tema si veda D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1137; GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581 ss.; ID., *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, in *Studium iuris*, 2004, 909 ss.

¹⁰⁸ Anche nel caso della successione sorgono problemi relativi alla ripartizione della responsabilità fra cedente e cessionario; in particolare, nel caso in cui il soggetto precedente non abbia adempiuto efficacemente ai propri obblighi non contrastando adeguatamente le fonti di pericolo connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa, così D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1138 s. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Cass. pen.*, 1992, 2726 ss., (cd. Bonetti), è la storica sentenza sul disastro di Stava, v. nota 86 nel Capitolo I; e più recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2002, in *Foro it.*, 2003, II, 406 ss., (cd. Loi), secondo la Corte «il metodo dell'eliminazione mentale negli atti complessi, a formazione progressiva o collegiali (e in altre situazioni assimilabili) va utilizzato tenendo conto della necessità di non pervenire alla disapplicazione su base interpretativa delle norme sul concorso di cause ponendo nel nulla il principio, normativamente previsto, dell'equivalenza delle cause. [...]Questo, a parere della corte, è il criterio da adottare in tutti i casi in cui la condotta di un soggetto si inserisce in modo efficiente in un processo causale e questo vale anche nel caso di condotte di natura diversa»; Cass. pen., Sez. IV, 7 novembre 2001, in *CED* 220954, (cd. Burali), nella quale si afferma che «quando l'obbligo di impedire l'evento ricade su più persone che debbano intervenire in tempi diversi, il nesso di causalità tra la condotta omissiva o commissiva del titolare di una posizione di garanzia non viene meno per effetto del successivo mancato intervento da parte di un altro soggetto, parimenti destinatario dell'obbligo di impedire l'evento, configurandosi in tale ipotesi un concorso di cause ai sensi dell'art. 41, comma 1, c.p.».

Tuttavia una parte della dottrina ritiene che in alcuni casi possa sussistere un rapporto di continuità nella posizione di garanzia, almeno laddove il successore non abbia provveduto ad eliminare la situazione di pericolo precedentemente tollerata, cfr. BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2775 ss. *Contra*, GARGANI A., *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, cit., 909, secondo il quale sul cedente potrebbe sussistere un mero obbligo informativo nei confronti del cessionario.

¹⁰⁹ D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1147.

¹¹⁰ Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 81/2008 giurisprudenza e dottrina si dividevano in due diversi orientamenti che intendevano due modi diversi di individuare il soggetto responsabile

fattuali, corrispondenti alla qualifica extrapenale richiesta dalla norma. In tale prospettiva, ciò che si trasferisce è l'«incarico di funzioni», vale a dire la stessa posizione giuridica rilevante dal punto di vista del diritto penale e non solo la sua mera esecuzione¹¹¹. Il punto nevralgico dell'intera disciplina riguarda l'efficacia *costitutiva* e *liberatoria*¹¹² della delega di funzioni, in particolare, l'obbligo che residua in capo al soggetto delegante: questo consisterebbe in un obbligo di *vigilanza* ed *intervento* di rilievo penalistico da esercitarsi sull'incaricato che condurrebbe alla responsabilità in concorso, con il soggetto delegato, sotto forma

all'interno della delega di funzioni: l'«approccio funzionalistico» sulla base delle funzioni effettivamente svolte, in conformità della corrispondenza tra poteri e doveri, in questo caso l'imputazione oggettiva avrebbe un effetto esonerante assoluto per il delegante, cfr. FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 18 ss.; PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, 280 ss.; SMURAGLIA C., *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974.; VASSALLI F., *La responsabilità penale per il fatto dell'impresa*, in *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale nella giurisprudenza*, a cura di IORI D., Firenze, 1981, 9 ss.; invece, in base alla «teoria formalistica», un atto di autonomia privata non potrebbe derogare agli obblighi posti dalla legge, dunque, il delegante rimarrebbe il soggetto responsabile in virtù della titolarità della propria qualifica, con la scusante della mancanza dell'elemento psicologico, valutazione connessa alle dimensioni ed all'articolazione dell'impresa in cui operano i soggetti, cfr. PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, cit., 69; PULITANO D., *Posizioni di garanzia*, cit., 92 ss. Nel mero *trasferimento di funzioni*, si realizza un cumulo di responsabilità con l'attribuzione di un incarico di esecuzione, mentre nella vera e propria *successione* nella posizione di garanzia si determinerebbe, con l'incarico di funzioni, «il passaggio di tutti i poteri ed i doveri ad un unico e nuovo garante», così MEZZETTI E., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 66 s. Si ritengono ormai superate le *teorie formalistiche*, fondate sulla responsabilità *a priori* del soggetto avente la qualifica richiesta dalla norma o la rappresentanza legale dell'ente o anche il soggetto investito della funzione in base alla legislazione dell'ente medesimo; tale tipo di impostazione, oltre a costituire un'ipotesi di «responsabilità di posizione», escluderebbe o limiterebbe in alcuni casi la responsabilità dell'amministratore oppure incriminerebbe un terzo non rimproverabile nel caso in cui la condotta criminosa sia riferibile alla politica d'impresa, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 116 s.

¹¹¹ Il trasferimento dell'«incarico di funzioni» e quello dell'«incarico di mera esecuzione» rientrano entrambi nel più ampio *genus* del «trasferimento di mansioni», ma con una diversa efficacia: infatti, mentre nel primo caso il trasferimento ha delle conseguenze sul piano dell'elemento *materiale* del reato – sia nel senso dell'efficacia costitutiva che liberatoria della responsabilità – nel secondo caso si fa riferimento alla «delega dell'esecuzione» ed il dante incarico rimarrà il vero obbligato della posizione avente rilievo giuridico-penale; il trasferimento dell'incarico di esecuzione sarà valutabile solo in sede di colpevolezza ed il mero esecutore potrà rispondere del reato funzionale solo a titolo di concorso, quale soggetto «estraneo» nel reato dell'«intraneo» (il dante incarico), ai sensi dell'art. 117 c.p., sul punto FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 45 ss.; nello stesso senso a proposito delle cd. deleghe esecutive, CRIVELLIN E., *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, IV, 502.

¹¹² Può considerarsi superato l'argomento che escludeva l'efficacia liberatoria della delega di funzioni per il presunto contrasto con il *principio di inderogabilità dell'imperativo penale*; si è chiarito come si tratti di un'applicabilità del precetto penale condizionata dalla volontà dei privati che è la legge stessa a consentire solo nel caso della sussistenza di «particolari condizioni personali» in capo all'incaricato e solo se questi lo accetta, tali presupposti costituiscono gli elementi normativi della fattispecie penale e non l'ipotesi di una libera derogabilità, cfr. FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 512 ss.

di omesso impedimento del reato, ai sensi degli artt. 110 ss. e 40, cpv., c.p.¹¹³. Il tema è quanto mai delicato, poiché presenta ancora numerose incertezze interpretative che non sono state positivamente risolte neppure dal recente intervento del legislatore con il decreto correttivo¹¹⁴. Quel che è certo è che la vigilanza può essere esercitata dal datore di lavoro attraverso i sistemi di verifica e controllo previsti in sede di adozione del modello di organizzazione e di gestione, la cui efficace attuazione rappresenta tra l'altro una delle condizioni essenziali per escludere la responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001¹¹⁵: il che, come si vedrà, lega ancor più in materia di sicurezza sul lavoro la responsabilità individuale a quella collettiva.

2.1. La subdelega.

Con riguardo ai soggetti che possono avvalersi della delega di funzioni, è ormai condivisa l'opinione che questa possa essere riconosciuta, oltre che al datore di lavoro, ad altre figure tipiche di garanti: il dubbio sorgeva per il dato letterale dell'art. 16 d.lgs. 81/2008, che faceva riferimento al solo datore di lavoro. Pertanto, il legislatore nel 2009, con il decreto correttivo n. 106, ha superato le incertezze iniziali circa l'estensione dell'istituto ai dirigenti ed ai preposti¹¹⁶ ed ha riconosciuto la validità, ai fini penali, anche al 'sub-trasferimento' di funzioni¹¹⁷, al fine di consentire la c.d. *subdelega* o delega di

¹¹³ Se sussistesse in capo al soggetto delegante una competenza concorrente, egli rimarrebbe comunque responsabile con il soggetto delegato, su cui graverebbe una posizione di garanzia «aggiuntiva» e non «sostitutiva». In tal modo l'efficacia liberatoria dell'incarico di funzioni verrebbe pressoché annullata, non vi sarebbe alcuna differenza con il trasferimento dell'«incarico di mera esecuzione» ed inoltre, l'istituto non porterebbe nessun contributo significativo in ordine alla divisione del lavoro, così FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 57 s. Sul contenuto e le criticità relative all'obbligo che residua il capo al soggetto delegante v. *infra*.

¹¹⁴ Cfr. Sezione II.

¹¹⁵ Cfr. artt. 16, comma 3, e 30, comma 1, d.lgs. 81/2008, che prevede l'«efficacia *esimente* della responsabilità». Sul punto, v. AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2098. Per il meccanismo di esonero della responsabilità dell'ente attraverso il modello di organizzazione e di gestione, cfr. artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001, v. Capitolo III.

¹¹⁶ In virtù di un'antica diffidenza *delegatus delegare non potest* e del rischio di deleghe cd. "a cascata". cfr. Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 48313, in *ISL*, 2009, 441 ss., con nota di SOPRANI P., in cui si afferma che «in materia di prevenzione dagli infortuni sul lavoro, è impropria la subdelega conferita al preposto non dal datore di lavoro, ma dal dirigente».

¹¹⁷ MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza*, cit., 7.

secondo grado¹¹⁸. L'istituto risponde, però, ad ulteriori specifici requisiti: innanzitutto, è necessaria un'intesa tra datore di lavoro e delegato-delegante e quindi di un'autorizzazione del primo¹¹⁹, in secondo luogo l'oggetto della delega deve essere circoscritto a funzioni specifiche, non potendo svuotare di contenuto la delega primaria ed in terzo luogo, il subdelegato non può delegare a sua volta¹²⁰. Anche nel caso della subdelega, il soggetto delegante è espressamente gravato dell'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento delle funzioni sub-trasferite e come il delegante primario, potrebbe incorrere in corresponsabilità per *culpa in vigilando* nei reati commessi dal subdelegato¹²¹.

Per quanto riguarda, invece, i soggetti possibili destinatari della delega di funzioni, si può osservare come non ci siano indicazioni legislative che limitino la cerchia dei soggetti-destinatari (ad esempio all'interno dello stesso consiglio d'amministrazione della società) o che ne subordinino l'efficacia alle previsioni statutarie: ciò significa che ben possono essere destinatari della delega anche i terzi esterni alla struttura organizzativa dell'ente, come ad esempio un consulente esterno¹²².

¹¹⁸ Cfr. art. 16, comma 3-bis, d.lgs. 81/2008.

¹¹⁹ VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 52. Sembra, inoltre, che il datore di lavoro possa intervenire con direttive vincolanti in ordine ai nominativi o alle competenze funzionali da subdelegare, così RUSSO A., *Delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al d.lgs. n. 81/2008 come modificato e integrato dal d.lgs. n. 106/2009*, a cura di TIRABOSCHI M. – FANTINI L., con la collaborazione di LAI M. - MASI M. - PENNESI P. - RAUSEI P., Milano, 2009, 348.

¹²⁰ 18 Cfr. VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 52 s., la *ratio* della disciplina cerca di scongiurare il rischio di fenomeni di dispersione della responsabilità.

¹²¹ A tal proposito, nulla disponendo la norma, la vigilanza potrebbe svolgersi con l'adozione di un *modello di verifica e controllo*, di cui all'art. 30, comma 4, così VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 52 s.; è critico, DE SANTIS G., *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo" (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2010, 132.

¹²² BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2777; cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2009, n. 6613, su www.olympus.uniurb.it, in cui la Corte distingue il destinatario della delega di funzioni dal RSPP, affermando che «una cosa è la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, altra cosa è la delega di funzioni. [...] Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione è, in altri termini, una sorta di consulente del datore di lavoro ed i risultati dei suoi studi e delle sue elaborazioni, come pacificamente avviene in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda, vengono fatti propri dal datore di lavoro che lo ha scelto, con la conseguenza che quest'ultimo delle eventuali negligenze del primo è chiamato comunque a rispondere. Orbene, secondo lo schema originario del decreto, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione è figura che non si trova in posizione di garanzia e non risponde delle proprie negligenze, in quanto la responsabilità fa capo al datore di lavoro [...]. Diversa, invece, è la delega di funzioni di cui si è parlato. In tale caso vi è la totale sostituzione

2.2. Requisiti di validità ed efficacia

Già prima dell'intervento del 2008, la giurisprudenza¹²³ aveva elaborato una serie di requisiti di natura oggettiva e soggettiva che fondassero l'idoneità della delega di funzioni: il carattere espresso e chiaro dell'atto, nonché il rispetto delle norme interne e delle esigenze relative all'organizzazione dell'impresa, l'accettazione volontaria da parte del delegato, la sua idoneità tecnico-professionale e la corrispettiva autonomia decisionale e finanziaria, la prova certa della delega in sede giudiziale e quali requisiti negativi, la non conoscenza o conoscibilità da parte del delegante del non adempimento del delegato e la non ingerenza del delegante negli atti di gestione¹²⁴. Fra questi il legislatore del 2008, compiendo alcune scelte politico-criminali¹²⁵, ha deciso di fissarne sono alcuni.

del delegato alle responsabilità del datore di lavoro in ordine agli obblighi di apprestare le misure di sicurezza. [...] Così pure non vi è alcun impedimento normativo che il datore di lavoro possa delegare una persona esterna all'azienda le sue funzioni in materia di prevenzione e sicurezza».

¹²³ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2007, in *Ambiente*, 2008, 17 ss., con nota di RAMACCI L., in cui si afferma che «la delega di funzioni nell'ambito di una impresa dai vertici aziendali ai sottoposti, seppure non necessita di atto scritto, per poter conseguire l'effetto di escludere la responsabilità penale del delegante originariamente tenuto per legge a determinati comportamenti attivi od omissivi, deve essere espressa (anche attraverso la concreta preposizione a settori autonomi in cui è stata articolata una organizzazione aziendale complessa), inequivoca nel contenuto e certa e deve investire persona dotata delle necessarie nozioni e capacità tecniche, alla quale devono essere attribuiti poteri decisionali e di intervento anche finanziario nel settore di competenza, fermo l'obbligo del datore di lavoro di vigilare che il delegato usi correttamente i poteri delegati; nell'ottica considerata, non appaiono delegabili o comunque nella pratica non sono delegati se non eccezionalmente i poteri relativi alla decisione in ordine alla struttura e alla organizzazione aziendale in quanto di stretta pertinenza dell'imprenditore, mentre sono delegabili e sono ampiamente delegati, soprattutto nelle strutture complesse, i poteri inerenti l'ordinario funzionamento dell'organizzazione data o dell'impianto prescelto per il tipo di produzione o servizio intrapreso».

¹²⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 117.

¹²⁵ Eccessivamente rigorose secondo BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2768; NISCO A., *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: colpa di organizzazione e impresa*, a cura di CURI F., Bologna, 2009, 113 s., secondo il quale i requisiti formali possono essere intesi come regole cautelari, finalizzate a ridurre i rischi per la sicurezza dei lavoratori; così anche ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 212. Criticamente, invece, MANNA A., *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen.*, 2011, II, 3; VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 40.

Anzitutto, la delega non può essere implicita né presunta¹²⁶ sulla base della ripartizione interna o delle dimensioni dell'impresa¹²⁷ ma deve essere conferita ed accettata¹²⁸ per iscritto¹²⁹, in modo da risultare in un atto recante data certa¹³⁰. La forma scritta ha dunque una rilevanza *ad substantiam*¹³¹ ma ciò non toglie

¹²⁶ VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 40, la quale riconosce che la scelta legislativa della forma scritta costituisce lo strumento più efficace ai fini della certezza e conoscibilità della delega; tuttavia ciò contrasterebbe con la vocazione sostanzialista del d.lgs. 81/2008, ispirata al principio di effettività. Cfr., recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 1 giugno 2010, n. 20592, in *Not. giur. lav.*, 2010, 564 ss., secondo cui la delega deve essere «espressa, inequivoca e certa, non potendo la stessa essere implicitamente presunta dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa».

¹²⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 364 ss., (cd. Brambilla), con nota di CENTONZE F.; Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2005, con nota di PIVA D., *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, cit. 728, nella quale, appunto, i giudici hanno individuato che gli amministratori quali destinatari della normativa antinfortunistica, in mancanza della prova circa le grandi dimensioni dell'azienda e l'eventuale delega ad altri dei compiti di sicurezza. L'Autore già riteneva, invece, che «valorizzando il fenomeno organizzatorio, dovrebbe attribuirsi alla stessa ripartizione delle competenze l'effetto di "circolazione della qualifica datoriale" ai fini dell'applicazione della normativa antinfortunistica: la responsabilità dovrebbe cioè porsi come "accessoria" rispetto a quella strettamente operativa [...] in virtù di una vera e propria "delega di fatto"». Per quanto riguarda l'omissione da parte del legislatore di ulteriori requisiti, cfr. VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 45 s., la quale fa riferimento ai requisiti legati alle dimensioni dell'impresa, all'ingerenza del delegante nello svolgimento dell'attività delegata ed alla conoscenza della sopravvenuta inidoneità del delegato; si osserva che nel primo caso, se si subordinasse la liceità della delega all'ampiezza dell'azienda, il sindacato del giudice entrerebbe nel merito della discrezionalità organizzativa del datore di lavoro, mentre, negli altri due casi, si tratta di situazioni che incidono successivamente sulla validità della delega e non sulla sua ammissibilità.

¹²⁸ La delega è un atto negoziale e recettizio, v. PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 832. L'accettazione scritta dovrebbe favorire la consapevolezza da parte del soggetto delegato a proposito dell'incarico e della responsabilità che si assume, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2007, in *ISL*, 4, 2008, 188 ss.

¹²⁹ Cfr. art. 16, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008.

¹³⁰ Cfr. art. 16, comma 1, lett. a), d.lgs. 81/2008.

¹³¹ PADOVANI T., *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione*, cit., 1585 ss., il quale conduce una riflessione approfondita sulla natura funzionale della delega di funzioni: non sembra potersi dire che il legislatore abbia riconosciuto il valore di un *mezzo di prova legale*, in ossequio all'orientamento giurisprudenziale che richiedeva la delega di funzione quale unica prova dell'attribuzione delle funzioni dirigenziali; non sembra neanche che possa costituire la *condizione necessaria* per esonerare il datore di lavoro da ogni responsabilità; sembra, invece, che l'istituto, per come è strutturato, possa delineare un nucleo di funzioni proprie del datore di lavoro ma non rientranti fra quelle espressamente previste nell'art. 17, non altrimenti attribuibili al dirigente se non, appunto, con il solo mezzo idoneo della delega di funzioni. Tali compiti sono da rintracciarsi nelle pieghe dell'asimmetria fra le disposizioni precettive e quelle sanzionatorie del d.lgs. 81/2008: tra gli obblighi normativamente imposti al solo datore di lavoro ma sanzionati anche in capo al dirigente, cfr. artt. 64 e 68, a proposito delle caratteristiche strutturali dei luoghi di lavoro, l'obbligo è riferito solo al datore di lavoro, la sanzione, invece, anche al dirigente; così anche, artt. 272 e 282, comma 2, lett. a), in tema di misure nelle attività soggette a rischio di esposizione ad agenti biologici; e ancora, artt. 71 e 87, in materia di dispositivi di protezione individuale. Cfr. PISANI N., *Profili penalistici*, cit., 830 s., il quale propende per l'assunto del rilievo *ad probationem* della forma scritta della delega di funzioni e quindi per la possibilità di conferire rilievo esonerante alla stessa cd. «macrostruttura

che, nel caso di delega invalida, perché priva dei requisiti formali, il delegante non sia sollevato dai propri obblighi mentre il delegato, che abbia di fatto esercitato i poteri oggetto del trasferimento, risponderà per la propria condotta a titolo di colpa¹³²; a tal proposito, atteso che al delegante sarà sufficiente la semplice allegazione della delega, spetterà all'accusa dover provare l'eventuale invalidità della stessa¹³³.

Il soggetto delegato deve inoltre possedere «tutti i requisiti di professionalità ed esperienza» necessari allo svolgimento dell'incarico specifico¹³⁴, in coerenza con i rischi connessi. È chiaro che la competenza del delegato andrà accertata caso per caso¹³⁵: ciò rileva da un lato, sotto il profilo

organizzativa dell'impresa», pur in assenza di un atto formale di delega; e quindi, il giudice dovrà accertare i poteri ed i doveri devoluti anche a prescindere da un onere di allegazione da parte del datore di lavoro. Nello stesso senso PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., 137. Secondo D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1151, non sembra che si possa escludere la possibilità che la giurisprudenza sollevi una questione di illegittimità costituzionale avanti alla Consulta per violazione dell'art. 27 Cost., laddove si trovi in presenza di una delega effettiva ed adottata in forma espressa ma non per iscritto.

¹³² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 2094 ss., con nota di AMATO G., la Corte afferma chiaramente che «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'invalidità della delega rilasciata dal datore di lavoro non esonera da responsabilità il delegante e non esclude la responsabilità del delegato che abbia, di fatto, svolto le funzioni delegate».

¹³³ BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2780. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 giugno 2010, n. 20592, cit., la delega deve comunque essere provata in maniera «rigorosa». Per i problemi antecedenti all'intervento legislativo, relativi all'inversione dell'onere probatorio della delega che gravava solo sul datore di lavoro, in contrasto con la regola che impone al giudice di accertare il reato ed il suo autore al di là di ogni ragionevole dubbio e di conseguenza con la presunzione di non colpevolezza, cfr. PIVA D., *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, cit. 730 ss.

¹³⁴ Cfr. art. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 45931, in *Not. giur. lav.*, 2010, 203 ss. *Contra*, Cass. pen., Sez. II, 3 agosto 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 961 ss., con nota di VALENZANO A. S., *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, la Corte ha ritenuto che «nel caso di delega di funzioni in materia di inquinamento, ai fini dell'esonero da responsabilità dell'imprenditore non è necessario che il delegato sia dotato di capacità tecnica, intesa in senso specialistico, ma deve essere dotato delle necessarie capacità organizzative nonché di effettiva autonomia gestionale e finanziaria così da evitare deleghe meramente apparenti», inoltre «non persiste, in capo all'imprenditore, l'obbligo di sorveglianza sul concreto esercizio dei poteri delegati, fermo restando che si ricostituisce la responsabilità del proponente ove vi sia stata da parte del delegato una richiesta (non esaudita) di intervento in quelle situazioni in cui questi non abbia il potere o i mezzi per incidere nel senso voluto». Cfr. PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2007, 491, secondo il quale i titoli professionali ed il curriculum coerenti con l'incarico, dovrebbero essere sufficienti a giustificare la scelta del delegante.

¹³⁵ La concretezza del ruolo del delegato implica anche la *presenza* sul luogo di lavoro, specialmente nel caso dei cantieri situati in zone diverse sarebbe difficile garantirla a fronte della contemporanea gestione di incarichi. Ciò incide sulla disciplina della revoca o la sospensione dell'efficacia della delega che discenderebbe automaticamente dall'eventuale trasferimento del soggetto, sul punto v. AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2102. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2008, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 1471 ss., secondo cui «in

della responsabilità del delegante, che potrà eventualmente incorrere in *culpa in eligendo*, laddove le carenze del delegato fossero riconoscibili dal delegante, dimostrandone così la scelta negligente¹³⁶; dall'altro, della responsabilità del delegato sotto il profilo della *colpa per assunzione*¹³⁷.

Inoltre, affinché la delega sia valida il delegante non può esimersi dal trasferire «tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate»¹³⁸: se, infatti, se non ci fosse una corrispondenza fra i doveri ed i poteri conferiti, non potrebbe sorgere una nuova posizione di garanzia e non vi sarebbe un trasferimento di funzioni, bensì un mero *incarico di esecuzione* e quest'ultimo non determina un fenomeno di sostituzione del soggetto responsabile¹³⁹. È proprio l'autonomia d'intervento del nuovo soggetto nelle scelte degli scopi e dei mezzi¹⁴⁰ che caratterizza l'istituto in questione e costituisce la misura di un'eventuale responsabilità penale sia del

materia di sicurezza del lavoro, l'efficacia della delega dei compiti antinfortunistici da parte del datore di lavoro ad altri si evince non unicamente dall'esistenza di un atto scritto, ma soprattutto dal concreto esercizio dei poteri attribuiti al datore di lavoro e devoluti al delegato in materia di sicurezza, e cioè di conoscenza, di intervento, di coordinamento e di spesa, e tale principio è valido non solo per valutare il rilascio della delega, ma anche la sua revoca, o sospensione, venendo in questo caso in rilievo le circostanze concrete opposte, quali possono essere l'attribuzione di un differente incarico, l'autorizzazione a non frequentare più il cantiere per il quale è stata rilasciata la delega, l'incompatibilità tra il nuovo incarico e quello precedente»; Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2004, in *ISL*, 2005, 197 ss., (cd. Storino) con nota di SOPRANI P., anche su www.olympus.uniurb.it, in cui la Corte specifica ulteriormente che «il dovere di presenza costante del datore di lavoro e dei soggetti ad esso equiparati sul luogo di lavoro va inteso come obbligo di assicurare, più che la presenza fisica che non è in sé necessariamente idonea a garantire la sicurezza dei lavoratori, la “gestione” oculata dei luoghi di lavoro mediante l'aver posto in essere tutte le misure imposte normativamente (informazione, formazione, attrezzature idonee e presidi di sicurezza), nonché ogni altra misura idonea, per comune regola di prudenza e di diligenza, a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro».

¹³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2004, in *Riv. pen.*, 2004, 959 ss., in cui si afferma che «la delega di funzioni può considerarsi idonea a sollevare da responsabilità penale il delegante, in tutte le imprese, qualora sia accertata con giudizio *ex ante* la capacità ed idoneità tecnica del soggetto delegato, vi sia la mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato e non vi siano ingerenze da parte del delegante nell'attività del delegato, fermo restando l'obbligo di vigilanza la cui inosservanza, attraverso la *culpa in eligendo* in ordine alla capacità professionale del delegato ed *in vigilando* sul suo operato, profilerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva del delegante»; Cass. pen., Sez. II, 3 agosto 2000, cit.

¹³⁷ Cfr. MEZZETTI E., *Colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCIGUERRA S. – DASSANO F., Napoli, 2010, v. note 107, 111 del Capitolo I, cfr. nota 246. Cfr. PULITANO D., *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 110; e da ultimo PISANI N., *La «colpa per assunzione» nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012.

¹³⁸ Cfr. art. 16, comma 1, lett. c), d.lgs. 81/2008.

¹³⁹ FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 45 s. VASSALLI G., *Presentazione*, cit., XII, il mero esecutore non può divenire penalmente responsabile in sostituzione di chi gli abbia conferito l'incarico.

¹⁴⁰ ALESSANDRI A., *Impresa (responsabilità penali)*, cit., 211.

delegato che del delegante. Il conferimento dei poteri fa *pendant* con un ulteriore requisito che è quello dell'autonomia finanziaria¹⁴¹ giacché, nonostante l'accentramento del controllo delle risorse economiche all'interno delle imprese particolarmente articolate sarebbe difficile realizzare una concreta libertà decisionale in presenza di una dipendenza o peggio, una limitazione finanziaria del delegante¹⁴², anche se un'interpretazione ragionevole deve considerare le esigenze economiche dell'azienda¹⁴³.

Non sembra essere un requisito di validità la pubblicità della delega¹⁴⁴, che costituisce, invece, lo strumento attraverso il quale portare i terzi¹⁴⁵ a conoscenza della stessa, dal momento che la norma non prevede alcuna conseguenza dell'inadeguata o intempestiva od omessa pubblicità¹⁴⁶, né particolari modalità di attuazione¹⁴⁷.

SEZIONE II

Obblighi di organizzazione «primaria» e «secondaria»

1. Eccezioni al principio di generale delegabilità ed obblighi di organizzazione «primaria»

¹⁴¹ Cfr. art. 16, comma 1, lett. d), d.lgs. 81/2008.

¹⁴² Così VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 43. PISANI N., *Profili penalistici*, cit., 832, secondo il quale il conferimento della delega con un *budget* palesemente inadeguato configurerebbe una delega invalida e rilevarebbe sotto il profilo della *colpa per assunzione* del soggetto delegato. È chiaro che, comunque, il delegato non potrà rispondere per eventi che siano causalmente riconducibili a carenze strutturali del sistema di sicurezza che non erano prevedibili all'atto di accettazione e pur dovendone segnalare le eventuali esigenze d'intervento.

¹⁴³ AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2103.

¹⁴⁴ Cfr. art. 16, comma 2, d.lgs. 81/2008. Cfr. VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 47, secondo la quale è una sorta di cd. pubblicità-dichiarativa.

¹⁴⁵ Ancorché non sia chiaro se debba essere necessariamente rivolta anche all'esterno dell'impresa, così D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1153.

¹⁴⁶ Se non sulla disciplina della prova della delega e sul fondamento del requisito della data certa, così AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2106.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 7 dicembre 2006, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 141 ss., secondo cui la delega deve essere «resa pubblica nel rispetto delle forme di pubblicità previste dalla natura dell'ente». Sul punto è intervenuto il Ministro dello sviluppo economico che ha segnalato, come modalità opportune di pubblicità, la diffusione delle deleghe mediante circolare interna o mediante l'affissione sui luoghi di lavoro, cfr. Parere 7 ottobre 2008, n. 31280.

Riconosciuta alla delega la natura di criterio generale di adempimento degli obblighi prevenzionistici¹⁴⁸, in base al quale possono essere trasferiti quasi tutti gli obblighi previsti dalla normativa antinfortunistica; con riferimento alla prassi giurisprudenziale¹⁴⁹, è possibile osservare quali siano quelli più frequentemente trasferiti: gli obblighi di formazione ed addestramento, la dotazione da parte dei dispositivi di protezione individuale (DPI) e dei dispositivi di sicurezza per le macchine, l'assunzione delle misure di accesso alle zone a rischio grave e specifico.

Nondimeno, ciò che suscita interesse ai fini dell'analisi condotta è quel nucleo di competenze esclusivo del datore di lavoro che non è possibile delegare e che costituisce i cd. obblighi di organizzazione «primaria»¹⁵⁰: si tratta delle funzioni che attengono alla strutturazione ed al coordinamento dell'impresa e si differenziano dai cd. obblighi di organizzazione «secondaria», derivanti dal trasferimento di funzioni e relativi alla scelta di personale adeguato ed alla vigilanza sulla sicurezza aziendale. Nell'ambito della prima categoria rientrano espressamente gli obblighi non delegabili¹⁵¹: il primo concerne la *valutazione di tutti i rischi*¹⁵² per la salute e la sicurezza e la redazione del relativo *documento scritto* (DVR)¹⁵³ con cui dovrebbe intendersi l'identificazione delle sorgenti dei pericoli connaturati all'attività dell'impresa, delle situazioni di esposizione al rischio connesso e la stima dell'entità di questi ultimi, a cui si possono equiparare la rielaborazione della valutazione dei rischi e del corrispondente documento¹⁵⁴. Ciò non vuol dire che se ne debba occupare il datore di lavoro

¹⁴⁸ PISANI N., *Posizioni di garanzia*, cit., 138.

¹⁴⁹ Si rinvia a MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza*, cit., 16 s.

¹⁵⁰ Alcuni sono previsti nell'art. 15 d.lgs. 81/2008, si riferiscono alla manutenzione degli ambienti di lavoro, alla predisposizione degli impianti, all'adozione dei macchinari e agli adempimenti che richiedono spese di straordinaria amministrazione di competenza degli organi direttivi, così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., 4 s.

¹⁵¹ Cfr. art. 17 d.lgs. 81/2008.

¹⁵² Per la nozione cfr. all'art. 2, comma 1, lett. q) d.lgs. 81/2008, specificata con un'elencazione non tassativa all'art. 28. Per la determinazione del contenuto di questo obbligo si rinvia a quanto già detto, v. Sezione I.

¹⁵³ Cfr. artt. 28 e 29 d.lgs. 81/2008.

¹⁵⁴ Cfr. art. 29, comma 3, d.lgs. 81/2008, da effettuarsi ai mutamenti del ciclo produttivo o dell'organizzazione del lavoro, nel caso dell'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione, a seguito di infortuni significativi o anche quando la necessità sia evidenziata dai risultati della sorveglianza sanitaria o sopravvengano nuovi rischi.

personalmente, ben potendo attribuire a terzi un incarico di esecuzione, specialmente nelle ipotesi in cui la valutazione richieda competenze tecniche specifiche¹⁵⁵. Il secondo obbligo indelegabile è la *designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP)*¹⁵⁶.

Risulta comunque difficile delineare il contenuto preciso degli obblighi indelegabili del datore di lavoro, specie in rapporto con quelle situazioni il cui apprezzamento presupponga competenze tecniche specialistiche: salvo i rischi connessi all'organizzazione ed all'adeguatezza del sistema di prevenzione e protezione¹⁵⁷, si ritiene che non sia possibile imporre al datore di lavoro di informarsi preventivamente¹⁵⁸ sui rischi presenti in azienda e di sindacare le scelte tecniche del RSPP¹⁵⁹, in quanto privo delle conoscenze e delle competenze necessarie¹⁶⁰.

Invece, per quanto riguarda l'*autocertificazione dell'effettuazione della valutazione dei rischi*, ai sensi dell'art. 29, comma 5, d.lgs. 81/2008 (v. nota 20), che non è menzionata tra gli obblighi indelegabili, parte della dottrina ritiene che si tratti di obblighi non delegabili, v. in tal senso BRUSCO C., *La delega di funzioni*, cit., 2775; RUSSO A., *Delega di funzioni e gli obblighi*, cit., 349. *Contra*, PISANI N., *Profili penalistici*, cit., 834.

¹⁵⁵ Così D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1158 s.

¹⁵⁶ Cfr. art. 32 d.lgs. 81/2008.

¹⁵⁷ Nemmeno il ricorso a soggetti esterni può consentire al datore di lavoro «di trasferire la responsabilità per l'organizzazione ed il supporto al servizio di prevenzione e protezione o escludere un obbligo di controllo generale», così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 23.

¹⁵⁸ Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 1634, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919 ss., (cd. Ligresti), relativa all'incidente del 31 ottobre 1997 dovuto all'incendio divampato nella camera iperbarica dell'istituto ortopedico Galeazzi di Milano, nella sentenza si afferma che il datore di lavoro ha la possibilità di servirsi di persone competenti per la valutazione del rischio e la redazione del relativo documento «ma lo obbliga a valutare le capacità tecniche di chi redige materialmente il documento, a informarsi preventivamente sui rischi presenti nell'azienda e a verificare successivamente se il documento redatto prenda in considerazione tali rischi e prospetti soluzioni idonee alla luce delle informazioni acquisite, sicché solo a queste condizioni il datore di lavoro può anche rimettersi, per l'accertamento e l'adozione delle scelte tecniche aventi carattere di specializzazione da lui non posseduta e non manifestamente errate o incongrue, alle conclusioni di un consulente interno od esterno».

¹⁵⁹ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 17 e 22, il principio della specializzazione si rivelerebbe «più apparente che reale». L'Autore richiama Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2009 n. 4123, cit., riguardante il cd. caso *Thyssenkrupp*, in cui la Corte, seppur riconoscendo che «nelle imprese di grandi dimensioni non è possibile attribuire *tout court* all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, occorrendo sempre apprezzare l'apparato organizzativo che si è costituito» per non «addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri»; tuttavia, giunge ad affermare che la delega operata non vale ad esonerare il presidente del comitato esecutivo della società dalla responsabilità «essendo taluni obblighi, tra cui quello di valutare i rischi connessi all'attività di impresa e di individuare le misure di protezione,

Accanto alle previsioni espresse di cui all'art. 17, d.lgs. 81/2008, è possibile rilevare alcune ulteriori osservazioni in merito ad altre funzioni che non è possibile trasferire: sia riguardo lo svolgimento diretto dei compiti del servizio di prevenzione e protezione¹⁶¹, previsto esclusivamente per alcuni particolari tipi di azienda e che può essere attribuito solo al datore di lavoro; sia, più in generale, riguardo l'adozione del modello di organizzazione e gestione idoneo ad incidere sulla responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001, sembra essere anche questo un compito esclusivo del datore di lavoro proprio perché concerne la valutazione dei rischi e la scelta delle attrezzature di lavoro¹⁶².

Ebbene, rispetto ai difetti che riguardano l'organizzazione «primaria» può stabilirsi un nesso d'imputazione *diretto* con il singolo infortunio, a prescindere dall'eventuale interferenza di azioni altrui; queste ultime non costituiscono fattori interruttivi del nesso causale e generalmente configurano una cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 c.p.¹⁶³.

Alla luce di questa impostazione la giurisprudenza ha affermato che, pure a fronte di una delega corretta ed efficace, il datore di lavoro non può andare esente dalla responsabilità per tutte quelle carenze che attengono alle scelte

ontologicamente connessi alla funzione ed alla qualifica propria del datore di lavoro e, quindi, non utilmente trasferibili».

¹⁶⁰ Così PISANI N., *Posizioni di garanzia*, cit., 156 s., il quale ritiene che non si possa imputare al datore l'omessa acquisizione delle conoscenze e competenze, come se fosse un obbligo di «costruzione della personalità». Sul punto v. FIORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, 1988, 1300 ss. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 1034, in *CED* 240886, nella quale la Corte ha dichiarato che «gli obblighi di vigilanza e di controllo che gravano sul datore di lavoro non vengono meno con la nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, cui sono demandati dalla legge compiti diversi intesi ad individuare i fattori di rischio, ad elaborare le misure preventive e protettive e le procedure di sicurezza relative alle varie attività aziendali». *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 1634, cit., (cd. Ligresti).

¹⁶¹ Cfr. art. 34 d.lgs. 81/2008, le aziende di cui all'allegato II, come ad esempio le imprese artigiane o agricole. Il datore di lavoro potrà tuttalpiù ricorrere al servizio di prevenzione e protezione (SPP), nominando un responsabile e degli addetti qualificati ai sensi dell'art. 32., cfr. MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza*, cit., 11.

¹⁶² Così AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2103. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 31 gennaio 2008, in *CED* 238972, in cui si afferma che «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'eventuale delega rilasciata dal datore di lavoro con cui vengono conferite anche funzioni non delegabili per espressa volontà della legge, come quelle relative alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori nell'ambito della scelta delle attrezzature di lavoro, non diviene solo per questo integralmente invalida, ma continua a spiegare i propri effetti per la parte relativa alle funzioni invece delegabili».

¹⁶³ Cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 4.

generali della politica aziendale o che siano strutturali¹⁶⁴ come ad esempio, l'aggiornamento delle misure di tutela ed il rinnovo e la manutenzione delle macchine sulle quali il delegato non ha alcun potere d'intervento e per le quali è da ritenersi sussistente l'obbligo del delegante di intervenire¹⁶⁵. Da questi casi occorre distinguere quelli in cui l'infortunio deriva in realtà da difetti di organizzazione «intermedia» (o «amministrativa») oppure di tipo operativo¹⁶⁶, rispettivamente riconducibili alla sfera di competenza del dirigente o del preposto, cui corrispondono responsabilità di livello «intermedio» o «finale» ma che sono ascritti allo stesso ambito di responsabilità per i difetti strutturali¹⁶⁷. In queste ipotesi sembra verificarsi una sovrapposizione tra le competenze di livelli diversi non avendo in considerazione il fatto che la condotta altrui potrebbe

¹⁶⁴ Le «scelte di fondo», cfr. AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2104, che si riferisce in particolare alle attività pericolose ed inquinanti.

¹⁶⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 aprile 2011, n. 28779, cit., (cd. Di Martino); Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 47380, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 16, 959 ss., (cd. Pilato); Cass. pen., sez. un., 1 luglio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 17 ss., nel caso esaminato «la responsabilità per i difetti strutturali - come, ad esempio, l'inesistenza di servizi igienici separati per uomini e donne, e di dormitori e cucine per il personale - andava individuata nel soggetto posto al vertice dell'ente, mentre le deficienze inerenti all'ordinario buon funzionamento di carattere occasionale delle strutture stesse - quali, ad esempio, scarichi o impianti elettrici non funzionanti ed umidità nelle pareti e nei soffitti - andavano riferite ai titolari dei servizi cui è attribuita piena autonomia tecnica e funzionale dalla normativa vigente».

Secondo una giurisprudenza abbastanza recente, graverebbe direttamente sul datore di lavoro anche la formazione e l'informazione dei lavoratori, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 6195, in *Not. giur. lav.*, 2009, 459 ss., secondo la quale «il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare tutte le misure atte a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore: egli ha anche il dovere, oltre che di formare ed informare i lavoratori sui rischi presenti nella propria azienda o unità produttiva, di verificare e controllare che la normativa infortunistica e le disposizioni da lui stesso impartite siano realmente osservate da tutti i lavoratori; tale rigoroso controllo consente il non instaurarsi di prassi di lavoro non corrette e particolarmente rischiose».

¹⁶⁶ Esistono alcune ipotesi isolate in cui è possibile configurare la responsabilità «operativa» del datore di lavoro queste riguardano gli interventi di straordinaria amministrazione per la sicurezza ed i casi in cui la delega o la nomina sia ineffettiva o revocata o illecita, vale a dire quando il trasferimento di funzioni è solo apparente, ne sono un esempio le cd. teste di paglia o più semplicemente l'assenza per ferie o malattia, cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 6 ss.,

¹⁶⁷ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 13 s., che richiama Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2003, in *Giust. pen.*, 2004, II, 411 ss., (cd. Boncompagni), in cui si afferma che «in materia di infortuni sul lavoro, il principio in forza del quale il datore di lavoro può trasferire la propria posizione di garanzia circa gli obblighi di prevenzione e sorveglianza imposti dalla normativa antinfortunistica solo attraverso un provvedimento formale di delega ad altro soggetto subentrante con esplicita indicazione delle funzioni ed esplicita accettazione, va temperato - quando tale principio debba trovare attuazione in un'impresa di grandi dimensioni - con la necessità di accertare, in concreto, l'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno delle posizioni di vertice, così da verificare la predisposizione, da parte del datore di lavoro di adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale».

interrompere il nesso di causalità fra il singolo infortunio e l'obbligo organizzativo del datore di lavoro¹⁶⁸.

Per riassumere, si possono identificare tre tipi di funzioni: quelle esclusivamente proprie del datore di lavoro che non sono delegabili, rispetto alle quali è possibile praticare soltanto un mero incarico di esecuzione; le funzioni esclusivamente proprie del datore di lavoro e delegabili ai sensi dell'art. 16, d.lgs. 81/2008, secondo precisi limiti e condizioni e in cui persiste la posizione di garanzia originaria; le funzioni proprie del datore di lavoro e del dirigente, rispetto alle quali la delega non è necessaria in quanto il dirigente ne risulta già normativamente gravato¹⁶⁹. Al verificarsi di un infortunio, è rispetto alle ultime due categorie che risulta imprescindibile l'accertamento della competenza svolta in concreto, in quanto potrebbero riferirsi a responsabilità diverse, di livello intermedio o finale¹⁷⁰; per non rischiare di configurare una responsabilità in capo al datore di lavoro solo «apparentemente» concorsuale, che si rilevarebbe una forma occulta di responsabilità oggettiva, se non per fatto altrui. In definitiva, si può dire che in capo al datore di lavoro rimanga un nucleo essenziale ed intangibile della posizione di garanzia originaria, incentrato sull'adeguatezza e l'idoneità dell'organizzazione e che questi, nonostante la delega di funzioni, non è mai completamente liberato dal dovere-sicurezza.

2. *Obbligo di vigilanza ed obblighi di organizzazione «secondaria»*

Come si è detto, questo è l'aspetto più delicato della disciplina in questione e proprio al fine di chiarire e circoscrivere il contenuto reale dell'obbligo che permane in capo al datore di lavoro delegante, è intervenuto il

¹⁶⁸ Cass. pen., Sez. IV, 28 gennaio 2009 n. 4123, in *Cass. pen.*, 2009, 3550 ss., con nota di STRATA C, riguardante l'incendio divampato il 24 marzo 2002 presso lo stabilimento della *Thyssenkrupp* di Torino che ha causato la morte di sette operai. Rileva nello stesso senso l'orientamento giurisprudenziale che esclude l'eventuale negligenza del lavoratore esoneri dalla responsabilità il datore di lavoro, se non nel caso che questa consista in un comportamento abnorme, cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2008, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, cit., (cd. Pelosi), v. nota 92 nel Capitolo I; Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2006, cit., (cd. Giovine). V. nota 85.

¹⁶⁹ PADOVANI T., *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione*, cit., 1590 s.

¹⁷⁰ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 13 ss.

legislatore nel 2009¹⁷¹ con il decreto correttivo; la riformulazione dell'art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008¹⁷², ha ribadito la sussistenza dell'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto adempimento delle funzioni trasferite da parte del delegato ed ha aggiunto che tale obbligo «*si intende assolto*»¹⁷³ con l'adozione e l'efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4¹⁷⁴, d.lgs. 81/2008.

¹⁷¹ Gli orientamenti precedenti alla riforma del 2008 sono tre. La concezione *funzionalistica* perviene alla conclusione che la delega genera una nuova posizione di garanzia sostitutiva e che dunque, il delegante rimane esente da qualsivoglia responsabilità; il caso contrario rientrerebbe in un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui e priverebbe l'istituto della funzione organizzativa che lo giustifica. L'unica responsabilità ravvisabile in capo al delegante è quella di estraneo nel reato proprio del delegato, configurabile nell'eventualità in cui sia venuto a conoscenza di inadempienze e non si sia attivato per farvi fronte; al di fuori di queste ipotesi, in virtù dell'efficacia pienamente liberatoria della delega, sul delegante permane solo un obbligo di mera sorveglianza, che non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 40 cpv. c.p., FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 357. Il secondo orientamento, dell'opposta concezione *formalistica*, ritiene inderogabile l'attribuzione legale della qualifica soggettiva e quindi non trasferibile, sebbene rilevante sul piano della colpevolezza, come scusante. In questa ottica il datore potrebbe ritenersi responsabile in concorso con il delegato nei casi in cui l'inosservanza fosse conoscibile o prevedibile alla stregua del dovere di diligenza nell'organizzazione della sicurezza aziendale, cfr. PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, cit., 73 ss. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 1991, in *Mass. Cass. pen.*, 1991, 7, 16 ss., nella quale la Corte riconosce che «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, il datore di lavoro, anche quando abbia affidato ad altri l'osservanza delle norme di prevenzione, non per questo cessa di essere il principale destinatario delle norme in materia; ne deriva che, se nonostante la delega, determinate circostanze portano il datore di lavoro a contatto con dipendenti mentre questi eseguono un lavoro nel disinteresse della normativa antinfortunistica, è suo dovere intervenire per rimuovere la situazione anti-giuridica in quanto la eventuale delega, se in quel momento continua ad aver valore per il delegato, non vale ad esonerarlo da responsabilità».

Secondo un terzo orientamento *intermedio* - che come la concezione funzionalistica ritiene che la delega incida sulla struttura oggettiva del reato - l'obbligo del delegante muta in quello di attuare un coordinamento organizzatorio, nonché di controllo e di vigilanza, potendo essere chiamato a rispondere della cd. colpa di organizzazione, PULITANÒ D., *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, cit., 107; PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, cit., 139. Secondo l'ultima tesi scaturirebbero in capo al datore delegante nuovi obblighi: di scegliere correttamente il delegato, di vigilare sul suo adempimento e di non interferire con il suo operato. Tuttavia, l'impostazione difetta nell'assenza del fondamento normativo dei nuovi obblighi ed anche nella precisa determinazione e distinzione del contenuto di questi ultimi, così DOVERE S., *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2010, 103 s.

¹⁷² In sede di consiglio dei ministri, inizialmente era stato approvato l'art. 15-bis, «Obbligo di impedimento», per tentare di circoscrivere la responsabilità di posizione dei soggetti apicali, v. LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 126 s.

¹⁷³ Da alcuni Autori è stata ravvisata una presunzione assoluta o relativa di esonero della responsabilità, VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 49. *Contra*, D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1130, secondo il quale la locuzione non esclude che si possa procedere ad una verifica rigorosa in concreto dei livelli di sicurezza e che dunque, l'eventuale *culpa in vigilanza* del datore di lavoro non è affatto esclusa dalla semplice adozione del modello, v. *infra*.

¹⁷⁴ Questo costituisce parte integrante del più ampio modello di organizzazione e gestione che può rilevare ai fini dell'esonero dalla responsabilità amministrativa dell'ente, cfr. artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001. Sul punto v. VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 49 s.,

Innanzitutto, si può osservare come il legislatore abbia voluto connotare l'obbligo di vigilanza di una «valenza organizzativa»¹⁷⁵, intendendolo come la predisposizione di una struttura logistica idonea ad assicurare gli obiettivi di sicurezza previsti dalla normativa. In tal guisa, l'aspetto dell'organizzazione¹⁷⁶ assume una rilevanza penalistica sia sul piano della responsabilità dell'ente che sulla responsabilità individuale del soggetto delegante. Occorre precisare: ciò che è decisivo non è l'adempimento formale dell'adozione di un modello, bensì la sua concreta attuazione e rispetto a tale profilo il testo della norma chiarisce che il complesso delle misure predisposte debba essere un sistema *idoneo* e soprattutto, *efficacemente attuato* all'interno della concreta realtà aziendale, escludendo che possa assumere valore di adempimento il solo documento, vale a dire un «modello puramente cartaceo»¹⁷⁷. In particolare, proprio perché non si tratta di una presunzione¹⁷⁸, il giudice dovrà accertare rigorosamente che nel caso concreto sussistano determinate condizioni: oltre che l'idoneità, l'attuazione

secondo la quale, in base al dettato normativo, la funzione di vigilanza costituisce un obbligo di garanzia delegato all'organismo di vigilanza (OdV), previsto dal d.lgs. 231/2001. Secondo l'Autrice, però, tale impostazione crea non pochi problemi interpretativi che sviliscono l'intervento legislativo del decreto correttivo, in quanto l'OdV risponde a compiti diversi e quindi, non può rivestire il ruolo di garante. *Contra*, DOVERE S., *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, cit., 109 s., il quale esclude che l'obbligo di vigilanza possa assolversi istituendo esclusivamente l'OdV, ma sarebbe necessaria altresì l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo e non solo di verifica e controllo. Sulle questioni relative all'OdV si rinvia al Capitolo III.

¹⁷⁵ D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1129, il quale specifica come verifiche personali e controlli puntuali, ad esempio a campione, su doveri specifici del soggetto delegato, non costituirebbe una vigilanza diligente, in quanto si tratta di attività che non attengono alla *direzione* dell'impresa.

¹⁷⁶ La descrizione puntuale e coerente dell'organizzazione aziendale, di cui all'art. 28, comma 2, lett. d), d.lgs. 81/2008, è il presupposto degli strumenti, come la delega di funzioni ed il modello organizzativo, che possano incidere sulla salute e la sicurezza del lavoro, così LECIS U., *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo*, cit., 166.

¹⁷⁷ D'ALESSANDRO F., *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1129 s. Tra i problemi che si pongono in merito, rileva quello che riguarda i parametri a cui devono corrispondere i modelli nella realtà: per questo assumono una valenza pratica le cd. linee guida predisposte dalle associazioni di categoria; tuttavia, queste non hanno rilievo tra i criteri d'imputazione della responsabilità penale e potrebbero quindi non essere sufficienti ad esonerare il datore di lavoro che ha costruito il modello della propria impresa affidandosi a taluni protocolli. Potrebbe essere utile a tal fine il meccanismo dell'asseverazione, v. Capitolo IV. Sul punto cfr. art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008, che menziona le *Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL)* del 28 settembre 2001 ed il *British Standard OHSAS 18001:2007*, cfr. LECIS U., *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo*, cit., 161 s. V. nota 114 del Capitolo III.

¹⁷⁸ PULITANÒ D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 106.

e l'efficacia del sistema di controllo, il mantenimento nel tempo di questi requisiti ed inoltre, il riesame e la modifica dello stesso ogni volta che siano scoperte violazioni significative delle norme antinfortunistiche, in occasione dei mutamenti relativi all'organizzazione ed in relazione al progresso scientifico e tecnologico¹⁷⁹. Tuttavia la questione non si risolve così semplicemente: infatti, come è stato più volte osservato, il verificarsi di un infortunio potrebbe costituire di per sé un indice dell'insuccesso del modello di controllo ed a tal proposito, la prova dell'idoneità del modello in sede giudiziale deve concernere l'attitudine preventiva *ex ante* del medesimo¹⁸⁰ rispetto ai reati della stessa specie di quello verificatosi.

2.1. (Segue) Culpa in vigilando

Quanto alla natura dell'obbligo in questione, ciò è ancora oggetto di dibattiti dottrinali, ancorché che la norma parli di obbligo di vigilanza. Infatti, la giurisprudenza prevalente¹⁸¹ lo ritiene apprezzabile nell'ottica della responsabilità omissiva impropria. Tuttavia, il controllo cui è tenuto il datore di lavoro delegante, come si è precisato, ha ad oggetto l'*adeguatezza dell'organizzazione* e non i processi specifici rischiosi¹⁸² per la salute dei

¹⁷⁹ Cfr. art. 30, comma 4, d.lgs. 81/2008, sul tema v. Sezione I del Capitolo I.

¹⁸⁰ DE SANTIS G., *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo"*, cit., 135.

¹⁸¹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2005, n. 23729, in *ISL*, 2005, 677 ss., con nota di SOPRANI P., (cd. Spinosa), nella quale si afferma che «nell'ipotesi di infortunio sul lavoro, originato dall'assenza o inidoneità delle misure di prevenzione, nessuna efficacia causale, per escludere la responsabilità del datore di lavoro, può essere attribuita al comportamento del lavoratore infortunato, che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre, comunque, alla mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento; ciò in quanto la normativa antinfortunistica mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore non solo dai rischi derivanti da incidenti e fatalità, ma anche da quelli che possono scaturire dalle sue stesse disattenzioni, imprudenze o disubbidienze alle istruzioni ricevute, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa; in questo caso, per escludere la responsabilità del datore di lavoro, neppure varrebbe invocare la "legittima aspettativa" da questi riposta nella doverosa diligenza del lavoratore, giacché questa non rileva allorché chi la invoca *versi in re illicita*, per non avere, per negligenza, impedito l'evento lesivo, che è conseguito dall'aver l'infortunato operato sul luogo di lavoro in condizioni di pericolo». Nello stesso senso v. PULITANÒ D., *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, cit., 102.

¹⁸² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 10702, in *CED* 252675, in cui la Corte afferma che la delega di funzioni «non esclude l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite; tuttavia, detta vigilanza non può avere per oggetto la concreta, minuta conformazione delle singole lavorazioni - che la legge affida al garante - concernendo, invece, *la correttezza della complessiva gestione*

lavoratori; detto altrimenti, il datore deve vigilare sul rispetto dei protocolli organizzativi e non risulta obbligato direttamente ad impedire eventi penalmente tipici¹⁸³. Del resto sarebbe difficile richiederli la supervisione di tutte le attività che ha delegato, pertanto, quale utilità avrebbe in questo caso il fatto di delegare ad altri soggetti le funzioni che non si è in grado di espletare? Al fine di una migliore comprensione del problema è preliminare la distinzione fra due tipi di controllo¹⁸⁴: quello «generale», di tipo «organizzativo», che comprende la verifica della professionalità altrui, il coordinamento tra le diverse unità operative e la valutazione fra standard prefissati ed obiettivi raggiunti in materia di sicurezza; quello «specifico», di tipo «operativo», riguardante il rispetto delle

del rischio da parte del delegato; ne consegue che l'obbligo di vigilanza del delegante è distinto da quello del delegato - al quale vengono trasferite le competenze afferenti alla gestione del rischio lavorativo - e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle singole lavorazioni». *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 27 maggio 2011, n. 27738, in *CED* 250697, in cui appunto si afferma che «il responsabile della sicurezza (sia, o meno, datore di lavoro) deve attivarsi per controllare fino alla pedanteria che i lavoratori assimilino le norme antinfortunistiche nella ordinaria prassi di lavoro; e tale onere di informazione e di assiduo controllo si impone a maggior ragione nei confronti di coloro che prestino lavoro alle dipendenze di altri, venendo per la prima volta a contatto con un ambiente e delle strutture ad essi non familiari, e che perciò possono riservare insidie non note»; nello stesso senso Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 356 ss.

¹⁸³ PISANI N., *Posizioni di garanzia*, cit., 147, secondo il quale il dovere di vigilanza ha ad oggetto la «tenuta del sistema organizzativo» e non il controllo diretto sui singoli fattori di rischio che sono oggetto della delega. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2004, cit., (cd. Storino), in cui si afferma che «invero, il soggetto tenuto all'osservanza delle norme antinfortunistiche non può non farsi carico di eventuali situazioni che determinino, occasionalmente, l'affidamento a lavoratori dipendenti di mansioni diverse da quelle normalmente attribuite ed abitualmente svolte, avendo egli al riguardo l'obbligo di prevederle e di dettare le disposizioni del caso, regolandone, tra l'altro, i dovuti percorsi informativi: corretta, perciò, deve ritenersi l'affermazione della gravata sentenza, secondo cui "fa sempre comunque capo al Direttore l'imporre regole ben precise in ordine all'utilizzo estemporaneo e contingente di personale per mansioni diverse da quelle abitualmente svolte ...". Non si tratta, quindi, di delibare se, "per le proporzioni dell'azienda ovvero per la mancanza di altri soggetti destinatari degli obblighi di informazione e vigilanza sulle norme antinfortunistiche, lo stesso Direttore di stabilimento fosse tenuto alla costante, personale e diretta vigilanza sull'informazione e sull'osservanza delle norme suddette", come si assume in ricorso; ma di rilevare, invece, che, come ritenuto ed accertato dai giudici del merito, il Direttore dello stabilimento non aveva, in sostanza, fornito e predeterminato alcuna direttiva "sull'informazione e sull'osservanza delle norme suddette", ben prima ed a prescindere dal successivo controllo, peraltro pure dovuto, della esatta applicazione delle direttive impartite».

¹⁸⁴ Sulla distinzione cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 81 s e spec 83, il quale sostiene che «le differenze fra i due tipi di controllo stentano a consolidarsi nelle pronunce giurisprudenziali in cui, più che di un dovere di controllo "generale", continua semmai ad affermarsi un non meglio definitivo "dovere generale di controllo" sull'attività o inattività del delegato, per farne discendere una responsabilità del datore di lavoro, sotto forma di omesso impedimento».

prevenzioni e dei dispositivi di sicurezza individuali e collettivi adottati in azienda¹⁸⁵.

È il primo ad essere un controllo tipico del «vertice», in grado di prevenire nel tempo il rischio degli infortuni e di rilevare tempestivamente eventuali violazioni; in questo senso l'obbligo potrà essere adempiuto attraverso la verifica dell'efficienza di un sistema di vigilanza «informativa-preventiva»¹⁸⁶ che garantisca la circolazione delle informazioni fra i vari garanti, il coordinamento tra i diversi settori, la cooperazione tra dirigenti, preposti e consulenti, la ripartizione di poteri decisionali e di risorse¹⁸⁷, nonché attraverso l'attuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto degli standard di sicurezza da parte del delegato competente¹⁸⁸.

Alla luce di queste considerazioni sembra che sul datore di lavoro delegante gravi un *obbligo di mera sorveglianza* che in quanto tale non è idoneo a fondare la responsabilità per concorso omissivo del delegante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.¹⁸⁹, come invece potrebbe un obbligo giuridico di impedire

¹⁸⁵ Solo in alcune pronunce si tiene conto nell'accertamento della responsabilità delle condizioni del caso concreto relative alle dimensioni dell'organizzazione, la peculiarità del comportamento tenuto, episodicità del fatto, così Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 1999, in *CED* 215009, in cui si afferma che «non può essere ritenuto penalmente responsabile l'amministratore di una società che, avendo approntato tutte le misure antinfortunistiche richieste, abbia delegato un preposto alla organizzazione e all'espletamento di specifica attività, ove quest'ultimo sia persona tecnicamente capace, abbia accettato l'incarico e sia dotato di idonei poteri determinativi e direzionali al riguardo e sempre che il predetto amministratore, nel più generale contesto della posizione di garanzia che fa capo comunque al datore di lavoro, non si esima dall'obbligo di sorveglianza, il cui rispetto va valutato tenendo conto delle connotazioni del caso concreto». Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2003, n. 19642, su www.olympus.uniurb.it.

¹⁸⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2007, n. 47137, in *CED* 238659, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 3, 807 ss., nella quale la Corte giunge ad affermare che «in tema di infortuni sul lavoro, il responsabile della sicurezza deve considerare anche eventuali situazioni che determinino l'affidamento occasionale al lavoratore di mansioni differenti da quelle normalmente svolte, dettando le necessarie regole di tutela e disponendo in ordine ai necessari percorsi di formazione»; Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 2004, n. 41707, cit., a proposito dell'obbligo a carico del datore di lavoro di fornire un'informazione dettagliata e completa, non solo sulle mansioni da svolgere, ma anche sui rischi connessi a dette mansioni, la cui violazione può configurare la responsabilità per il delitto di lesioni colpose, v. nota 22.

¹⁸⁷ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 89.

¹⁸⁸ Un sistema articolato che vada dal mero richiamo verbale o ammonimento scritto, alla revoca della delega, fino al mutamento di mansioni ed al licenziamento, cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 90.

¹⁸⁹ PISANI N., *Posizioni di garanzia*, cit., 148. *Contra*, LECIS U., *La delega di funzione e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo*, cit., 165, secondo il quale l'obbligo di vigilanza si caratterizza autonomamente dagli altri obblighi imposti al datore di lavoro dall'art. 18 d.lgs. 81/2008, fondando «indubbiamente» una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

l'evento¹⁹⁰. Ciò perché la «tutela rafforzata» della posizione di garanzia o d'impedimento richiede che l'obbligo giuridico trovi corrispondenza in un simmetrico potere giuridico¹⁹¹, ossia un complesso di poteri che consentano di assumere iniziative dirette ed immediate a fronte dell'insorgenza di un pericolo. I poteri giuridici impeditivi di vigilanza, iniziativa ed intervento sono cosa ben diversa da un mero *obbligo di attivarsi*¹⁹² o di *sorveglianza*¹⁹³ che essendo irrilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. potranno semmai configurare un reato di pura omissione.

E allora, l'obbligo di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008, costituisce il fondamento della «colpa di organizzazione» del datore di lavoro¹⁹⁴: da questo

¹⁹⁰Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 158 s., il quale dà una definizione ben precisa dell'obbligo di garanzia o di impedire l'evento: «è l'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli». I requisiti sono: la giuridicità dell'obbligo, nel rispetto del principio della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.); la specificità del contenuto, in base al principio di tassatività (art. 25, comma 2, Cost.); la specificità dei beneficiari, in virtù del principio di solidarietà (art. 2 Cost.); la specificità dei destinatari, nel rispetto del principio di libertà (art. 13 Cost.); l'imprescindibilità dei poteri giuridici impeditivi, di vigilanza ed intervento, la preesistenza del potere-dovere e la possibilità materiale del garante di tenere l'azione impeditiva idonea, in base al principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.). L'obbligo di garanzia è dunque identificato dal duplice requisito della previsione in una fonte formale dell'obbligo di agire e della sua corrispondenza alla funzione di garanzia ed ha tre specie: di protezione, di controllo e di impedimento dei reati; per tutte le conseguenze penali che ne scaturiscono si differenzia da altri obblighi, quali sono quello di *sorveglianza* ed il *mero obbligo di attivarsi*, entrambi privi di poteri giuridici impeditivi, nell'ultimo caso anche in mancanza di una preesistente situazione giuridica di garanzia o di sorveglianza. Cfr. FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 173 ss. e 382ss.

¹⁹¹ LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 113 s. Cfr. artt. 18 e 299, d.lgs. 81/2008, nei quali si fa riferimento ai poteri giuridici della posizione di garanzia circoscritti alle «attribuzioni e competenze» proprie di ciascuna. MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 173 s., il quale richiama il cd. *criterio della competenza* per evitare sovrapposizioni e confusioni tra le posizioni di garanzia, in base al quale l'imputazione a titolo omissivo dell'infortunio è circoscritta dalla specifica fonte di pericolo o dalla tipologia di rischio che si è verificato e che compete al garante.

¹⁹² V. ad esempio art. 20, comma 2, lett. e), d.lgs. 81/2008, che prevede per i lavoratori l'obbligo di segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi e qualsiasi eventuale condizione di pericolo. Sul punto v. nota 190.

¹⁹³ V. ad esempio art. 19, comma 1, lett. f), d.lgs. 81/2008, che prevede per i lavoratori l'obbligo di non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo. Sul punto v. nota 190.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 21 gennaio 2008, n. 3011, su www.olympus.uniurb.it, nella quale al responsabile incaricato della progettazione, esecuzione e controllo dell'espletamento dei lavori è «addebitato essenzialmente di essere rimasto all'oscuro dell'accaduto per una gravissima carenza nell'organizzazione dei controlli e delle informazioni connesse, che a lui dovevano fare capo» e l'esistenza della corresponsabilità dell'impresa esecutrice nella causazione dell'evento morte «non lo esonera affatto dalla grave colpa in cui è incorso, omettendo di costituire una

punto di vista, si può dire che il legislatore abbia caratterizzato più specificatamente la colpa del datore di lavoro, che per tanto tempo è stata rintracciata dalla giurisprudenza nel solco del mero art. 2087 c.c.¹⁹⁵.

Secondo questa impostazione, non potrà imputarsi al delegante una colpa per il fatto del delegato che rientri nel «raggio di copertura» del modello di organizzazione e controllo idoneo e la rappresentazione del datore dell'eventuale inadeguatezza del modello andrà valutata alla stregua del parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, per evitare ipotesi di *culpa in vigilando*, per così dire, *in re ipsa*¹⁹⁶. Dunque, non v'è più dubbio che il datore di lavoro delegante sarà chiamato a rispondere dell'infortunio, originato da violazioni della normativa cautelare, nel caso in cui le lesioni siano eziologicamente connesse ad un omesso controllo sull'attuazione e le sue modalità della delega, vale a dire l'idoneità dell'organizzazione a prevenire eventi infortunistici¹⁹⁷: ma

valida rete informativa che gli potesse consentire di venire a conoscenza immediata dell'occorso e conseguentemente di apprestare i dovuti rimedi tecnici».

¹⁹⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 20595, in *CED* 231370 (cd. Castellani), in cui la Corte giunge ad affermare che «in materia di prevenzione, il datore di lavoro, quale responsabile della sicurezza, ha l'obbligo non solo di predisporre le misure antinfortunistiche, ma anche di sorvegliare continuamente sulla loro adozione da parte degli eventuali preposti e dei lavoratori, in quanto, in virtù della generale disposizione di cui all'art. 2087 c.c., egli è costituito garante dell'incolumità fisica dei prestatori di lavoro». E più recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888, cit., nella quale si specifica che «una diligente formazione ed informazione non dispensa il datore di lavoro dagli obblighi di controllo e vigilanza affinché il lavoratore, soprattutto se poco esperto perché apprendista, non corra il rischio di eventi lesivi; è infatti il datore di lavoro che, quale responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi anche instaurando prassi di lavoro non corrette».

¹⁹⁶ Così PISANI N., *Posizioni di garanzia*, cit., 150 s., il quale osserva che sussiste un problema sul versante del principio di legalità e determinatezza, in quanto il modello costituisce pur sempre un atto di autonomia dell'ente e dunque, è «prodotto dallo stesso soggetto che ne è chiamato all'osservanza», v. Capitolo I.

¹⁹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 2557, su *www.olympus.uniurb.it*, nella quale la Corte «ha accertato un rapporto di causalità diretta tra le inosservanze e la morte e ha inanellato tale complessa serie di inosservanze da rendere evidente il rapporto di consequenzialità necessaria tra le omissioni, le violazioni di norme cautelari generali e specifiche e il delitto contestato. [...] tali da focalizzare in quelle violazioni la causa della mancata percezione del sopraggiungere pericoloso del mezzo e dunque la causa materiale immediata dell'evento letale. Il tema implicito dell'intera motivazione è che la messa in opera e l'effettivo funzionamento di uno solo degli avvisi, di una sola delle cautele omesse, già avrebbe indubitabilmente posto il lavoratore in condizione di evitare il pericolo o di porsi in salvo»; Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 36358, su *www.olympus.uniurb.it*, in cui si è precisato che «va ricordato che il datore di lavoro (nel caso di società, il legale rappresentante) in quanto titolare primario della posizione di garanzia in materia di sicurezza, non può dismettere totalmente tale posizione e conserva pur sempre obblighi di vigilanza sul rispetto delle norme di sicurezza. [...] emerge, come esposto nella sentenza di merito, una disorganizzazione complessiva del lavoro, di

dal testo dell'art. 16 d.lgs. 81/2008, si evince che in capo al delegante sussistono altri obblighi¹⁹⁸.

Eppure considerare l'obbligo residuo in capo al soggetto delegante come un obbligo di sorveglianza potrebbe celare una specie di «truffa delle etichette» dal momento che sul piano sanzionatorio non vi è alcuna differenza di reazione punitiva, in quanto non è prevista una pena specifica per l'obbligo di cui all'art. 16, comma 3, d.lgs. 81/2008¹⁹⁹: l'inosservanza dell'obbligo di vigilanza è ravvisata come un'ipotesi di *agevolazione colposa* nel reato altrui, in applicazione della disciplina concorsuale nella forma della cooperazione nel delitto colposo (art. 113 c.p.) o del concorso nelle contravvenzioni (art. 110 c.p.). In una prospettiva “*de lege ferenda*” la soluzione più opportuna richiederebbe l'introduzione di una sanzione *ad hoc* per la relativa omissione²⁰⁰, tenendo conto che ormai la vigilanza ha assunto una funzione autonoma nell'ambito della gestione dell'impresa, diversa da quella operativa ed espressione di una corretta organizzazione e soprattutto che colga l'oggettiva insussistenza di un obbligo giuridico di garanzia.

Le stesse considerazioni riguardano l'ulteriore obbligo di vigilanza²⁰¹ previsto per il datore di lavoro per il dirigente sull'adempimento degli obblighi propri dei preposti, dei lavoratori, dei progettisti, dei fabbricanti e dei fornitori, degli installatori e del medico competente: con la previsione che esclude la responsabilità se la mancata attuazione dei relativi obblighi è addebitabile

cui non può non attribuirsi la responsabilità alla scarsa opera di vigilanza del datore di lavoro, che quindi, colpevolmente, con le sue omissioni, ha fornito un contributo causale alla verificazione dell'evento dannoso».

Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 dicembre 2010, n. 42469, su www.olympus.uniurb.it, nella quale la Corte conferma che il datore di lavoro non è responsabile per l'infortunio verificatosi, affermando che «la causalità della colpa è individuata, con esplicita motivazione sul punto, in un compito di regolazione/macchina che spetta, operazione per operazione, *ad un operativo e non, certamente, al datore di lavoro*. La sentenza accerta ancora e, motivatamente, che, laddove le omissioni fossero mancate, l'infortunio sarebbe stato certamente evitato».

¹⁹⁸ DOVERE S., *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, cit., 105., v. *infra*.

¹⁹⁹ Così MEZZETTI E., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 72, il quale osserva che manca un autonomo *reato omissivo proprio di agevolazione colposa* o un *illecito contravvenzionale* direttamente imputabile al delegante per la specifica violazione dell'obbligo di vigilanza, il legislatore ha perso l'occasione di differenziare il disvalore fra la condotta del delegante e quella del delegato, quest'ultima, infatti, concerne il ben più grave obbligo giuridico d'impedimento dell'evento.

²⁰⁰ La soluzione, ancor più articolata ed approfondita, è proposta da PIVA D., *La responsabilità del “vertice” per organizzazione difettosa*, cit., 163 ss. e spec. 264 e 269.

²⁰¹ Cfr. art. 18, comma 3-*bis*, d.lgs. 81/2008, inserito dal decreto correttivo, v. *supra*.

integralmente ai soggetti indicati e non è riscontrabile un difetto di vigilanza da parte del datore di lavoro o del dirigente. Si osservi, in merito, che la fattispecie non risulta sanzionata autonomamente nell'art. 55 d.lgs. 81/2008, sicché la rilevanza delle eventuali violazioni potranno rilevare, sia per il datore di lavoro che per il dirigente, a titolo omissivo nei reati contravvenzionali previsti o nei delitti di omicidio e lesioni colpose²⁰².

2.2. (Segue) *Difetti di cooperazione e coordinamento nei cantieri*

Più complesso è l'ambito dell'appalto per la fornitura di opere o servizi, in cui la posizione di garanzia del committente si intreccia con quella dell'appaltante, alla luce dell'*obbligo di cooperazione e coordinamento*²⁰³ ai fini della prevenzione degli infortuni sul lavoro, ai sensi dell'art. 26 d.lgs. 81/2008²⁰⁴. Tali obblighi non esigono che il committente intervenga costantemente in supplenza dell'appaltatore, quando costui per qualunque ragione ometta di adottare le misure di prevenzione prescritte; tuttavia, anche in questo caso deve ritenersi che l'inerzia sia inaccettabile qualora tale omissione fosse immediatamente percepibile, essendo una violazione palese delle norme antinfortunistiche, e che il committente risponderebbe con l'appaltatore delle conseguenze dell'infortunio eventualmente determinatosi, essendo in grado di accorgersi senza particolari indagini dell'inadeguatezza o dell'assenza delle misure di sicurezza²⁰⁵. Dunque, come avviene anche nel caso del

²⁰² PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 97, il quale denuncia la vaghezza della clausola di esonero ritenendo i due requisiti previsti un'endiadi; in ogni caso non si esclude che l'obbligo possa essere adempiuto attraverso i modelli di verifica e controllo.

²⁰³ Cfr. art. 26, comma 2, lett. a) e b), d.lgs. 81/2008. V. Sezione I.

²⁰⁴ MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 175 ss.

²⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 17 dicembre 2009, n. 48328, su www.olympus.uniurb.it; Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 2009, n. 28197, in *Guida dir.*, 2009, 35, 47 ss., con nota di AMATO G., in cui si afferma che «deve escludersi la sussistenza di profili di responsabilità del committente nel contratto di appalto per inosservanza alle misure di prevenzione che non attengano ai rischi comuni dei lavoratori dipendenti del committente stesso e dell'appaltatore, ma riguardino i soli dipendenti dell'appaltatore, giacché l'obbligo di cooperazione posto a carico dei datori di lavoro al fine di predisporre e applicare le misure di prevenzione e protezione necessarie non può intendersi come obbligo del committente di intervenire in supplenza dell'appaltatore tutte le volte in cui costui ometta, per qualsiasi ragione, di adottare le misure di prevenzione prescritte a tutela soltanto dei suoi lavoratori, poiché la cooperazione, se così la si intendesse, si risolverebbe in

subappaltatore²⁰⁶, in base al principio della corrispondenza tra poteri e doveri che garantisce il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, l'appaltatore è imputabile per l'omesso impedimento dell'infortunio solo nei casi in cui sia effettivamente titolare dell'organizzazione dei lavori nel corso della cui esecuzione si sia verificato l'infortunio.

I confini delle posizioni di garanzia sono ancora più sfumati nei cantieri temporanei e mobili²⁰⁷ per via del cd. rischio interferenziale²⁰⁸, in cui operano i coordinatori per la sicurezza, l'appaltatore, l'impresa affidataria, l'eventuale subappaltatore ed i prestatori d'opera²⁰⁹. Al fine della ricostruzione delle rispettive sfere di responsabilità sulla base del criterio di corrispondenza tra

un'inammissibile "ingerenza" del committente nell'attività propria dell'appaltatore al punto di stravolgere completamente la figura dell'appalto».

²⁰⁶ In pratica deve escludersi la responsabilità dell'appaltatore nel caso in cui nel cantiere il subappaltatore svolga la propria attività in piena ed assoluta autonomia organizzativa e dirigenziale, così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 120 s., che richiama Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2009, n. 1490, in *ISL*, 2010, 452 ss., (cd. Fumagalli), con nota di SOPRANI P., secondo cui «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, il subappaltante è esonerato dagli obblighi di protezione solo nel caso in cui i lavori subappaltati rivestano una completa autonomia, sicché non possa verificarsi alcuna sua ingerenza rispetto ai compiti del subappaltatore». Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2006, in *CED* 234828, secondo cui «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, quantunque l'obbligo di cooperazione tra committente e appaltatore (o tra appaltatore e subappaltatore) ai fini della prevenzione antinfortunistica non esiga che il committente intervenga costantemente in supplenza dell'appaltatore quando costui, per qualunque ragione, ometta di adottare le misure di prevenzione prescritte, deve tuttavia ritenersi che, quando tale omissione sia, come nella fattispecie, immediatamente percepibile (consistendo essa nella palese violazione delle norme antinfortunistiche), il committente, che è in grado di accorgersi senza particolari indagini dell'inadeguatezza delle misure di sicurezza, risponde anch'egli delle conseguenze dell'infortunio eventualmente determinatosi».

²⁰⁷ Cfr. artt. 88, 89, 90, d.lgs. 81/2008.

²⁰⁸ Per l'analisi accurata dei rischi penali per le interferenze nelle attività di cantiere, delle diverse posizioni di garanzia e degli obblighi di cooperazione e coordinamento, v. PIVA D., *Rischio penale per l'altrui "interferenza" e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere*, in *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di COMPAGNA F., Napoli, 2012, 217 ss. e spec. 247, il quale riscontra le ragioni della complessità normativa, non solo nella distinzione fra obblighi di garanzia ed obblighi di controllo, ma anche nella separazione fra i diversi livelli di coordinamento: *macro-organizzativo ed operativo*, cui corrispondono diverse sfere soggettive di competenza. V. Sezione I.

²⁰⁹ Innanzitutto, si precisa che in caso d'infortunio sul lavoro avvenuto in cantiere per colpa consistita nell'omessa designazione del coordinatore per l'esecuzione dei lavori e nella mancata redazione del piano di sicurezza e coordinamento, il committente risponde del delitto di lesione personale colposa pur avendo nominato il responsabile dei lavori «senza peraltro conferirgli esplicita delega degli obblighi previsti a suo carico», v. Cass. pen., Sez. IV, 27 settembre 2011, n. 47476, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 647 ss. Sulla posizione di garanzia del coordinatore per l'esecuzione si rinvia a MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 180 ss.

poteri e doveri²¹⁰, assume rilievo il contenuto oggettivo degli obblighi che gravano su ciascun soggetto: in primo luogo, se questi appartengano ad un livello macro-organizzativo, organizzativo od operativo ed in secondo luogo la tipologia dei poteri correlati; infatti, sussiste una differenza tra i poteri a «diretta» efficacia impeditiva, tali da consentire l'intervento del soggetto nel processo causale infortunistico ed i poteri ad efficacia «indiretta», idonei ad agevolare l'adempimento delle posizioni di garanzia altrui ma che esigono dal soggetto titolare tuttalpiù una funzione di segnalazione, informazione, contestazione o controllo e non un dovere impeditivo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

Alla luce di queste considerazioni, si osserva che il legislatore ha progressivamente rafforzato gli obblighi del committente (o, in via alternativa, del responsabile dei lavori), riportando la loro violazione sul piano della responsabilità per la difettosa organizzazione generale piuttosto che a quella connessa all'esercizio delle singole attività di cantiere²¹¹; tuttavia, la giurisprudenza ha indifferentemente attribuito agli obblighi del committente una generale funzione di garanzia, imputando l'infortunio al committente o al responsabile dei lavori ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.²¹².

²¹⁰ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 105 s., secondo il quale da un lato, sul piano oggettivo, occorre evitare il rischio di un «regresso all'infinito» dell'imputazione fino all'ultimo livello di «lontananza» del soggetto dall'evento di infortunio; e dall'altro, sul piano soggettivo, dovrebbe operare il rispetto dei principi di affidamento, autonomia e specializzazione delle competenze.

²¹¹ FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, cit., 132 s.; MEZZETTI E., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 64. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 109. Cfr. Sezione I.

²¹² In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36605, in *Not. giur. lav.*, 2012, 18 ss., in cui si afferma che «in materia di sicurezza, anche il committente ha una propria posizione di garanzia ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 626 del 1994 (ora art. 26 d.lgs. n. 81 del 2008); questi, infatti, in termini generali, è corresponsabile qualora l'evento si colleghi causalmente anche alla sua colposa omissione»; Cass. pen., Sez. IV, 27 settembre 2011, n. 47476, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 647 ss., in cui si afferma che «in caso d'infortunio sul lavoro avvenuto in cantiere per colpa consistita nell'omessa designazione del coordinatore per l'esecuzione dei lavori e nella mancata redazione del piano di sicurezza e coordinamento, risponde del delitto di lesione personale colposa il committente che pur abbia nominato il responsabile dei lavori senza peraltro conferirgli esplicita delega degli obblighi previsti a suo carico». V. anche Cass. pen., Sez. IV, 7 dicembre 2011, n. 14407, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1439 ss., in cui si afferma che «in caso d'infortunio occorso a più lavoratori in un cantiere, risponde dei delitti di omicidio colposo e di lesione personale colposa il committente o il responsabile dei lavori che abbia omesso di vigilare mediante controlli non già solo formali, bensì sostanziali e incisivi, sull'adempimento da parte dei coordinatori dei rispettivi obblighi, e che, in particolare, si sia limitato a una verifica di carattere formale in ordine al piano di sicurezza e coordinamento e al fascicolo di prevenzione

Inoltre, il committente o il responsabile dei lavori sono espressamente²¹³ obbligati a verificare alcune delle attività del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione dei lavori: tuttavia, si è osservato²¹⁴ che tale obbligo dovrebbe tener conto del fatto che in alcuni casi potrebbe comportare l'esercizio di determinate competenze tecniche di cui il committente potrebbe essere sprovvisto senza colpa e che, dunque, si tratterebbe di un obbligo di verifica, tale da configurare un'ipotesi di mera *culpa in vigilando* e non un obbligo d'impedimento in quanto privo dei rispettivi poteri. E ciò varrebbe anche, nelle ipotesi in cui il committente risultasse a conoscenza di presunte violazioni dei coordinatori, ancorché in grado di esercitare il potere di sostituzione, di cui all'art. 98, comma 8, d.lgs. 81/2008, o anche i rimedi che possono essere esperiti sul piano contrattuale, a fronte delle violazioni del PSC che costituisce parte integrante del contratto²¹⁵.

Quindi, dal punto di vista della *cooperazione*, è senz'altro ravvisabile in capo al committente un obbligo di informazione dettagliata²¹⁶ sui rischi specifici dell'ambiente di lavoro e di collaborazione nella predisposizione delle misure di sicurezza ma non riguardo ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici e dei singoli lavoratori autonomi²¹⁷.

Invece, sotto il profilo del *coordinamento*, è possibile individuare da un lato il semplice obbligo redazionale²¹⁸ del PSC a carico del coordinatore per la

redatti dal coordinatore per la progettazione dei lavori». Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2011, su www.olympus.uniurb.it, in cui sono stati condannati sia il responsabile dei lavori, sia il coordinatore per la progettazione e l'esecuzione che il datore di lavoro.

²¹³ Cfr. art. 93, comma 2, d.lgs. 81/2008.

²¹⁴ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 117 s.

²¹⁵ Cfr. art. 100 comma 2, d.lgs. 81/2008.

²¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 8 maggio 2008, in CED 240781, secondo cui è necessaria a tal fine un'apposita riunione di coordinamento, in quanto «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, le mere intese verbali e telefoniche tra i datori di lavoro impegnati nella realizzazione di un'opera complessa non sono sufficienti ad attuare la coordinazione tra le imprese [...] in vista della programmazione e dell'attuazione degli "interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori", al fine di eliminare quelli dovuti alle interferenze tra le diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera». Cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 124 s.

²¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, in *Foro it.*, 2008, II, 413 ss., con nota di BRUSCO C., secondo cui «il committente dei lavori che sia anche imprenditore, nel caso di affidamento ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi di lavori all'interno dell'azienda, è esonerato dalla responsabilità penale per reati contro la persona in danno di lavoratori per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro solo nel caso in cui si tratti di fatti inerenti ai rischi specifici delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi».

²¹⁸ Così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 128.

progettazione dei lavori, sanzionato in via autonoma dall'art. 158, comma 1, d.lgs. 81/2008 e dall'altro in capo al coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in alcune ipotesi, si è ravvisato un dovere di vigilanza (anch'esso sanzionato in via autonoma dall'art. 158, comma 1, d.lgs. 81/2008), consistente nell'obbligo di segnalazione al committente, previa contestazione scritta alle imprese, delle irregolarità riscontrate relativamente alla violazione dei loro doveri «tipici» e di quelle inerenti all'inosservanza del piano di sicurezza e di coordinamento, salva l'imposizione della sospensione immediata dei lavori nel solo caso di imminente e grave pericolo direttamente riscontrato²¹⁹.

Nonostante la tendenza espansiva della giurisprudenza, orientata per un verso, ad affermare la responsabilità del committente per l'infortunio ogniquale volta che la mancata adozione delle misure di prevenzione sia immediatamente percepibile²²⁰ e per altro verso, ad attribuire anche al coordinatore una responsabilità per omesso impedimento nel caso della violazione degli obblighi di segnalazione, contestazione, denuncia o sospensione dei lavori²²¹; si è osservato che sia nel caso della cooperazione che in quello del coordinamento, gli obblighi individuati non sembrano idonei ad integrare alcuna posizione di garanzia vista la mancanza dei poteri speciali corrispondenti²²².

²¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2009, n. 1490, cit., (cd. Fumagalli), con nota di SOPRANI P.

²²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 marzo 2007, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 1029 ss., secondo cui «in tema di prevenzione di infortuni, in caso di lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto, il dovere di sicurezza può gravare, oltre che sul datore di lavoro, che, di regola, è l'appaltatore, destinatario delle disposizioni antinfortunistiche, anche sul committente, qualora l'evento si colleghi causalmente anche alla sua colposa omissione nel consentire l'inizio dei lavori in presenza di situazioni di fatto pericolose; il committente, inoltre, può essere chiamato a rispondere dell'infortunio qualora l'omessa adozione delle misure di prevenzione prescritte sia immediatamente percepibile e la responsabilità non può essere esclusa dalla circostanza che egli abbia impartito le direttive da seguire a tale scopo, essendo comunque necessario che ne abbia controllato, con prudente e continua diligenza, la puntuale osservanza».

²²¹ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 4 giugno 2008, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 1872 ss., nella quale si afferma che «in caso di infortunio occorso in un cantiere temporaneo o mobile a un lavoratore, risponde del delitto di omicidio colposo il coordinatore per l'esecuzione dei lavori che ometta di vigilare sulla corretta osservanza da parte delle imprese delle prescrizioni del piano di sicurezza e di coordinamento e sulla scrupolosa applicazione delle procedure di lavoro, non potendosi restringere l'ambito delle sue funzioni soltanto a compiti organizzativi e di raccordo o di collegamento tra le varie imprese che collaborano nella realizzazione dell'opera».

²²² Così PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 124, 128 e 130, il quale rileva che in tali casi si «finisce di fatto con il riconoscere un eguale trattamento sanzionatorio [...] sulla base di una loro comune funzionalizzazione in chiave preventiva, in

In base a tale prospettiva, le uniche ipotesi in cui il coordinatore dovrebbe rispondere per l'omesso impedimento sarebbero quelle in cui o la mancata sospensione dei lavori, necessaria per ripristinare le misure di sicurezza, costituisca la concretizzazione del pericolo grave ed imminente direttamente riscontrato²²³ oppure quando l'infortunio sia causalmente collegato alle sue direttive ingerenti nei confronti dei singoli operai. Il coordinamento ed il controllo, infatti, attengono entrambi alle scelte di natura macro-organizzativa e procedurale²²⁴, essendo diretti a rendere «coerenti ed efficienti» le misure predisposte in sede progettuale²²⁵, in altre parole: il rispetto del piano di sicurezza rispetto all'organizzazione predisposta, alle interferenze, all'uso comune di strutture o materiali, allo scambio di informazioni. la distinzione degli obblighi del coordinatore con l'obbligo di controllo e supervisione del dirigente o del preposto che si rivolge al rispetto delle norme antinfortunistiche e all'utilizzo nel cantiere dei dispositivi di sicurezza.

Un ulteriore cumulo di responsabilità si potrebbe verificare nel caso in cui l'infortunio si realizzi a causa di scelte progettuali errate, puntualmente attuate nel corso dei lavori; in effetti, sussiste in capo al coordinatore per l'esecuzione dei lavori un obbligo di adeguamento di tali scelte rispetto all'evoluzione di

totale spregio della loro oggettiva diversità di contenuti, presupposti e disvalore, con violazione del principio di proporzionalità della pena».

²²³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 13 marzo 2008, in *Foro it.*, 2008, II, 414 ss., con nota di BRUSCO C., nella quale si afferma che il coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la realizzazione dell'opera «è responsabile degli eventi cagionati per violazione degli obblighi su di lui incombenti durante la realizzazione dell'opera (in particolare: verifica e adeguamento dell'applicazione del piano di sicurezza e dell'azione di coordinamento e della corretta applicazione delle procedure di lavoro; segnalazione al committente o al responsabile dei lavori delle inosservanze e proposta di sospensione dei lavori; segnalazione all'ASL delle inadempienze; sospensione dei lavori in caso di pericolo grave e imminente)».

²²⁴ Cfr. Cass. pen. [ord.], Sez. IV, 21 aprile 2010, n. 18149, in CED 247536, nella quale si afferma che «il coordinatore per l'esecuzione dei lavori [...] ha una autonoma funzione di alta vigilanza che riguarda la generale configurazione delle lavorazioni, e non anche il puntuale controllo, momento per momento, delle singole attività lavorative, che è demandato ad altre figure operative (datore di lavoro, dirigente, preposto)».

²²⁵ Il coordinamento coinvolge anche l'attività dei rappresentanti della sicurezza attraverso la verifica dell'attuazione di quanto previsto negli accordi tra le parti sociali, cfr. art. 92, comma 1, lett. d), d.lgs. 81/2008, penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 158, comma 1 lett. b), d.lgs. 81/2008, sul punto v. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 133 s., il quale delinea chiaramente la distinzione degli obblighi del coordinatore con l'obbligo di controllo e supervisione del dirigente o del preposto (*rectius*: direttore e capo cantiere) che si rivolge al rispetto delle norme antinfortunistiche e all'utilizzo nel cantiere dei dispositivi di sicurezza.

questi ultimi ed alle modifiche intervenute²²⁶ e la giurisprudenza ha riconosciuto che l'obbligo di controllo in capo al coordinatore per l'esecuzione avrebbe la funzione di colmare le eventuali lacune generate in sede di progettazione²²⁷. Tuttavia, si ritiene che la configurazione di una responsabilità in concorso dei due coordinatori sia frutto di una sovrapposizione di funzioni, non rispettosa dei principi di affidamento e personalità della responsabilità penale²²⁸.

Infine, si è osservato²²⁹ che l'obbligo del datore di lavoro dell'impresa affidataria o esecutrice di redigere ed attuare il POS²³⁰ attiene al livello operativo e la rispettiva violazione potrà rilevare ai sensi dell'art. 159, comma 2, lett. c), d.lgs. 81/2008 e non dell'art. 40 cpv. c.p.

2.3. (Segue) Culpa in eligendo

Sotto il profilo della *culpa in eligendo* configurabile in capo al datore di lavoro, derivante una ripartizione inadeguata degli incarichi²³¹, occorre innanzitutto esaminare le forme attraverso le quali può manifestarsi.

In primo luogo, l'inadeguatezza può essere *oggettiva* o *soggettiva*, nel primo caso riguarderà la ripartizione di fondi tale da determinare l'infortunio per l'omessa predisposizione delle cautele necessarie, nel secondo caso, riguarderà il

²²⁶ Cfr. art. 92, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

²²⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 2008, in *CED* 240393, secondo la quale il coordinatore per l'esecuzione «ha i compiti: a) di verificare, con opportune azioni di coordinamento e di controllo, l'applicazione delle disposizioni del piano di sicurezza; b) di verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza (POS), piano complementare di dettaglio del PSC, che deve essere redatto da ciascuna impresa presente nel cantiere; c) di adeguare il piano di sicurezza in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute, di vigilare sul rispetto del piano stesso e sospendere, in caso di pericolo grave ed imminente, le singole lavorazioni; trattasi di figure le cui posizioni di garanzia non si sovrappongono a quelle degli altri soggetti responsabili nel campo della sicurezza sul lavoro, ma ad esse si affiancano per realizzare, attraverso la valorizzazione di una figura unitaria con compiti di coordinamento e controllo, la massima garanzia dell'incolumità dei lavoratori (in applicazione del principio, la suprema corte, in un caso nel quale l'imputato rivestiva entrambe le qualifiche, ha ritenuto che le giustificabili lacune del piano di sicurezza redatto in qualità di coordinatore per la progettazione avrebbero dovuto essere colmati attraverso una concreta e puntuale azione di controllo, che competeva allo stesso imputato in qualità di coordinatore per esecuzione, e la cui omissione comportava la sua responsabilità in ordine al sinistro verificatosi)».

²²⁸ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 135 s e spec. 137.

²²⁹ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 139.

²³⁰ V. Sezione I.

²³¹ Ed a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di lavoro, PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 67.

soggetto incaricato che si rilevi incapace o socialmente pericoloso o che sia divenuto inidoneo a causa di una mancata formazione, informazione o aggiornamento²³².

In secondo luogo, l'inadeguatezza della ripartizione può essere *originaria* o *sopravvenuta*, quando i requisiti richiesti al conferimento dell'incarico vengano meno o non sussistano più le condizioni positive allo svolgimento dell'attività. A tal proposito si è osservato come sul datore di lavoro gravi un obbligo continuativo e perdurante di formazione ed informazione del personale nell'attività lavorativa²³³, che impone un *obbligo di attivarsi*, sia nel caso in cui sorgano nuovi rischi che in via occasionale o momentanea a fronte di un cambio di mansioni²³⁴.

In terzo luogo, l'inadeguatezza può riferirsi a funzioni di tipo *organizzativo* oppure *operativo*, che detto altrimenti consiste rispettivamente ad una valutazione dell'idoneità preventiva del sistema sicurezza o la competenza nella singola attività particolare²³⁵. E tali distinzioni assumono tutte una rilevanza decisiva al fine di qualificare la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.²³⁶.

²³² Per vari esempi pratici, v. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 68 s.

²³³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 6195, cit., a proposito dell'obbligo del datore di lavoro di verificare e controllare rigorosamente che la normativa infortunistica e le disposizioni da lui stesso impartite siano realmente osservate da tutti i lavoratori al fine di evitare l'instaurarsi di prassi di lavoro non corrette e particolarmente rischiose, v. nota 165; Cass. pen., Sez. IV, 27 maggio 2011, n. 27738, cit., che richiede un controllo «assiduo», «fino alla pedanteria», al fine che i lavoratori assimilino le norme antinfortunistiche; v. nota 182; nello stesso senso, sul controllo «continuo e pressante» e la formazione dell'apprendista poco esperto, v. Cass. pen., Sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888, cit., v. nota 195.

²³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2007, n. 47137, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 2004, cit., (v. nota 22 e 186) sull'obbligo del datore di lavoro di informazione e formazione nel caso dell'affidamento occasionale al lavoratore di mansioni differenti; Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2004, cit., (cd. Storino), (v. note 135 e 183), sulla presenza del datore e la gestione dei luoghi di lavoro. Sulla presenza del delegato sul luogo di lavoro, v. AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2102.

²³⁵ Che rispettivamente riguardano il rispetto *generale* dei corrispondenti obblighi di prevenzione o l'esercizio di una *specifica* funzione, cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 70 s.

²³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2004, n. 18638, in *CED* 228344, in cui si afferma che «in caso di infortunio del dipendente la condotta del datore di lavoro che sia venuto meno ai doveri di formazione e informazione del lavoratore e che abbia omesso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi, integra il reato di lesione colposa aggravata dalla violazione delle norme antinfortunistiche», v. nota 58.

Nell'ambito dell'inadeguatezza *soggettiva*, ove questa riguardi il soggetto delegato, il datore potrebbe essere ritenuto responsabile della scelta del soggetto²³⁷, qualora sia accertata con giudizio *ex ante* l'incapacità ed inidoneità tecnica del soggetto delegato, privo dei requisiti di professionalità ed esperienza²³⁸, che il delegante non poteva non conoscere al momento dell'affidamento dell'incarico²³⁹. In giudizio, la valutazione di questo tipo di adeguatezza dovrà riguardare le capacità del soggetto nel caso concreto²⁴⁰: da un lato rispetto alla direzione, al coordinamento o al controllo generale, laddove la funzione trasferita abbia una natura *organizzativa*, dall'altro alla gestione dell'attività particolare, nel caso di una competenza *operativa*.

Inoltre, il datore di lavoro non può esimersi dall'attivarsi per l'impedimento di fatti illeciti quando sia venuto a conoscenza²⁴¹ di inerzie o dell'adempimento negligente da parte del delegato delle funzioni trasferite: dovrà sollecitare i necessari interventi correttivi e nelle ipotesi più gravi, revocare la delega e procedere alla sostituzione del soggetto incaricato. Altrimenti, l'inerzia consapevole e ingiustificata del delegante potrebbe fondare una responsabilità penale omissiva e talvolta persino una compartecipazione

²³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 3 agosto 2000, cit.; Cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2004, cit., in cui si afferma che «la delega di funzioni può considerarsi idonea a sollevare da responsabilità penale il delegante, in tutte le imprese, qualora sia accertata con giudizio *ex ante* la capacità ed idoneità tecnica del soggetto delegato, vi sia la mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato e non vi siano ingerenze da parte del delegante nell'attività del delegato, fermo restando l'obbligo di vigilanza la cui inosservanza, attraverso la *culpa in eligendo* in ordine alla capacità professionale del delegato ed *in vigilando* sul suo operato, profilerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva del delegante»; v. nota 134 e 136.

²³⁸ Cfr. art. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

²³⁹ Come si è detto, in questo caso potrebbe anche configurarsi una colpa per assunzione del soggetto che si è assunto un incarico senza averne i requisiti, cfr. MEZZETTI E., *Colpa per assunzione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCIGUERRA S. – DASSANO F., Napoli, 2010, v. note 107, 111 del Capitolo I.

²⁴⁰ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 74.

²⁴¹ Attraverso ad esempio le segnalazioni dei lavoratori o le diffide di autorità pubbliche o anche a fronte del verificarsi di infortuni le cui modalità costituiscano cd. segnali di allarme anche per un soggetto inesperto. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2005, in *Riv. pen.*, 2006, 549 ss., (cd. Grazioli) con nota di DEL FORNO E. JR, nella quale si afferma che «non può essere ritenuto penalmente responsabile il datore di lavoro il quale abbia predisposto una adeguata organizzazione d'impresa tale da garantire la vigilanza (pur non da lui formalmente delegata ad altri) sul rispetto delle norme antinfortunistiche, e purché, avendo approntato tutte le mire antinfortunistiche richieste, vi sia stata da parte sua una mancata ed incolpevole conoscenza della inosservanza, da parte dei lavoratori, delle corrette procedure di lavorazione e di utilizzazione degli attrezzi di sicurezza»; Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2005, in *ISL*, 2005, 435 ss., che afferma la responsabilità esclusiva dell'amministratore delegato «salvo che gli altri amministratori abbiano dolosamente omissso di vigilare o, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società o dell'inidoneità del delegato, non siano intervenuti».

attiva²⁴², ove la c.d. politica di impresa orientata dal datore di lavoro, incoraggi o tolleri apertamente le trasgressioni del delegato, nell'intento di un risparmio sulla sicurezza o di un profitto²⁴³.

Al di fuori della delega di funzioni sono ravvisabili altre ipotesi di *culpa in eligendo* del datore di lavoro corrispondenti ad incarichi conferiti con atti diversi. È il caso del committente nell'ambito di un contratto di appalto per la fornitura di opere o servizi²⁴⁴ o di lavori svolti in cantieri temporanei o mobili²⁴⁵, chiamato a rispondere dell'infortunio imputabile ad una mancanza dell'appaltatore o per la sua inidoneità; in tal caso rileverà il profilo dell'adeguatezza *organizzativa*²⁴⁶, alla luce del disposto dell'art. 89, comma 1, lett. f), d.lgs. 81/2008, che richiede appunto il «possesso di capacità organizzative»²⁴⁷, la particolarità sta nel fatto che la valutazione è di tipo «documentale»²⁴⁸, ossia sulla base della presentazione di determinati documenti, come previsto dalla normativa²⁴⁹.

Altre ipotesi di *culpa in eligendo* «documentale» del committente o del responsabile dei lavori riguardano la nomina del coordinatore per l'esecuzione²⁵⁰, la vigilanza sull'impresa affidataria²⁵¹.

²⁴² In tal senso MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza*, cit., 12.

²⁴³ La tolleranza della condotta criminosa del delegato risulta essere in realtà un comportamento di natura attiva, ancor più quando si manifesti ad esempio con premi diretti ad incentivarla, fino ad esprimere la scelta di una politica d'impresa finalizzata alle condotte criminose, v. FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni*, cit., 237 s.

²⁴⁴ Cfr. art. 26, comma 1, lett. a), d.lgs. 81/2008.

²⁴⁵ Cfr. art. 90, comma 9, lett. a), d.lgs. 81/2008.

²⁴⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18 gennaio 2012, n. 3563, in *CED 252672*, in cui si afferma che «in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, il dovere di sicurezza, con riguardo ai lavori svolti in esecuzione di un contratto di appalto o di prestazione d'opera, è riferibile, oltre che al datore di lavoro (di regola l'appaltatore, destinatario delle disposizioni antinfortunistiche), anche al committente; detto principio non può, però, applicarsi automaticamente, non potendo esigersi dal committente un controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori; ne consegue che, ai fini della configurazione della responsabilità del committente, occorre verificare in concreto quale sia stata l'incidenza della sua condotta nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per l'esecuzione dei lavori, avuto riguardo alla specificità dei lavori da eseguire, ai criteri seguiti dallo stesso committente per la scelta dell'appaltatore o del prestatore d'opera, alla sua ingerenza nell'esecuzione dei lavori oggetto di appalto o del contratto di prestazione d'opera, nonché alla agevole ed immediata percepibilità da parte del committente di situazioni di pericolo».

²⁴⁷ GUERRI D., *Il datore di lavoro*, cit., 24.

²⁴⁸ PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 76 s., il quale osserva che tale tipo di *culpa in eligendo* «contrattuale» o «specifica» può determinare l'imputazione congiunta sia dei reati di omicidio o lesioni colpose che delle contravvenzioni, cfr. artt. 55, comma 5, lett. b) e 157, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

²⁴⁹ Cfr. art. 26, comma 1, lett. a), nn. 1 e 2 ed art. 90, comma 9, lett. a), d.lgs. 81/2008.

²⁵⁰ Cfr. art. 98 d.lgs. 81/2008.

²⁵¹ Cfr. artt. 100, comma 6-bis e 157, comma 1, lett. b), d.lgs. 81/2008.

Altri casi all'infuori delle ipotesi di delega di funzioni riguardano i dirigenti, i preposti, i lavoratori, i progettisti, i fabbricanti, i fornitori, gli installatori di impianti ed il medico competente, la cui scelta avviene con atti di nomina o di preposizione o mediante contratti d'opera, di consulenza, di fornitura o di lavoro ed il datore di lavoro può esserne chiamato a rispondere rispetto alla natura del tipo d'incarico e gli obblighi ad esso corrispondenti²⁵².

Per concludere, si può osservare come anche nelle ipotesi di *culpa in eligendo* l'interpretazione giurisprudenziale non riesca sempre a cogliere la differenza degli obblighi individuati con l'obbligo giuridico d'impedimento dell'evento e sembra che ciò discenda, innanzitutto, dalla confusione in merito al livello in cui i vari soggetti operano (*organizzativo, intermedio ed operativo*); finendo con il configurare in ogni caso una forma di cooperazione del datore di lavoro - intesa come una mera convergenza causale - a prescindere dal disvalore che rappresenta la sua condotta in concreto, ancorché apprezzabile esclusivamente sul piano «macro-organizzativo»²⁵³. Da ciò sorge l'esigenza di una delimitazione delle sfere di responsabilità e soprattutto di una *proporzione* rispetto alle competenze svolte, «onde evitare ingiustificati esoneri o duplicazioni di responsabilità»²⁵⁴: in una prospettiva "*de lege ferenda*", si è osservato²⁵⁵ che sarebbe necessario prevedere per le ipotesi di *culpa in eligendo*

²⁵²Ad esempio per l'inidoneità psico-fisica del lavoratore o per la cattiva gestione del dirigente o per l'inadeguatezza di un impianto installato non "a norma di legge", cfr. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 79 s.,

²⁵³In tal senso v. PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 140 s., il quale osserva che la normativa muove dall'idea che ciascun soggetto sia titolare di una determinata «area di rischio». Quanto al rapporto funzionale tra i diversi tipi di controllo, l'Autore ritiene che si potrebbero prevedere dei titoli autonomi di responsabilità a condotta differenziata, sulla base della teoria dei cd. «segnali di allarme», per prevedere una forma d'intervento del datore di lavoro in presenza di alcune circostanze tipiche.

²⁵⁴AMATO G., *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, cit., 2106, il quale non esclude che possano essere chiamati a rispondere delle violazioni più soggetti contitolari di posizioni di garanzia concorrenti e convergenti ed osserva che ciascuno dei titolari della posizione di garanzia è destinatario per intero dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 aprile 2005, in CED 232416, (cd. Poli).

²⁵⁵La soluzione, ancor più articolata ed approfondita, è proposta da PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 263 ss. e spec. 265 e 273, il quale rileva che, nel caso della partecipazione a titolo di concorso omissivo del vertice, in virtù di un obbligo di attivarsi, la soluzione troverebbe fondamento nelle disposizioni riguardanti le società di capitali, in particolare nel dovere di agire informati, cfr. artt. 2381 e 2392 c.c., in cui si afferma che gli amministratori «sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose». L'Autore propone interventi complementari nell'ambito della disciplina degli enti collettivi, v. Capitolo III.

delle *fattispecie di pericolo* incentrate sulla manifesta inadeguatezza degli incarichi relativi alla sicurezza sul lavoro, attraverso la predeterminazione di parametri oggettivi di giudizio o di formule di manifesta inadeguatezza, per evitare che il sindacato del giudice sconfini nel merito delle scelte imprenditoriali; mentre per i casi in cui il vertice sia venuto a conoscenza del reato altrui occorrerebbe l'introduzione di fattispecie penali che abbiano ad oggetto la violazione di un *obbligo di attivarsi* diverso da quello di impedimento.

Ad ogni modo, a fronte dell'aggravio della tendenza giurisprudenziale, resta altresì l'ombra della «presumibile finalità di deterrenza, volta a consolidare l'efficacia della normativa di settore»²⁵⁶.

3. Responsabilità del vertice e contributi concorsuali

Alla luce delle suddette considerazioni, per quanto concerne le posizioni del vertice dell'impresa, la responsabilità concorsuale sembra articolarsi in più livelli, a seconda che il reato costituisca il risultato di una deliberata *politica d'impresa* o di una sua *difettosa organizzazione*²⁵⁷: nel primo caso rientrerebbero tutti i comportamenti diretti a determinare o incentivare l'attività illecita; nel secondo, invece, le violazioni degli obblighi di corretta organizzazione dell'impresa.

Il problema è che la giurisprudenza²⁵⁸ sembra orientata - rispetto agli infortuni commessi con violazione di norme prevenzionali o con violazione delle

²⁵⁶ Così LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 120. Nello stesso senso FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2012, 153, il quale, in riferimento alla condanna nel cd. caso *Thyssenkrupp*, rintraccia lo «scopo di lanciare messaggi dissuasivo-responsabilizzanti».

²⁵⁷ MEZZETTI E., *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, cit., 74, la connotazione si riflette anche sull'imputazione della responsabilità amministrativa dell'ente collettivo, che in particolare si configura con diversi criteri a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto apicale o sottoposto, cfr. artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001.

²⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 4123, in *Foro it.*, 2009, II, 667 ss., (cd. Vespasiani), v. nota 91 nel Capitolo I; Cass. pen., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587, in *Cass. pen.*, 2008, 1007 ss., (cd. Pelosi), v. nota 92 nel Capitolo I; Cass. pen., Sez. IV, 27 marzo 2009, n. 18998, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1640 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 19 aprile 2007, n. 25502, in *Cass. pen.*, 2008, 4316 ss., (cd. Scanu). Cfr. MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 154, che definisce criticamente il fenomeno giurisprudenziale «lotteria delle responsabilità».

specifiche regole di diligenza connesse all'attività di rischio - nel senso di espandere l'obbligo che grava sul vertice fino a riconoscere un dovere di intervento tale da comportare una responsabilità in concorso con i suoi collaboratori e preposti per omesso impedimento del reato funzionale ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.: sia attraverso l'imputazione meccanica dell'omesso impedimento dell'evento-infortunio a prescindere della verifica dell'esistenza di un effettivo potere impeditivo in concreto; sia escludendo automaticamente la possibile assenza di colpa dei soggetti in posizione apicale nell'organizzazione dell'impresa²⁵⁹. Tale ultima imputazione, almeno nei casi in cui non vi sia un'influenza diretta del vertice sull'attività specifica altrui, celerebbe forme di responsabilità oggettiva occulta o di posizione, in quanto la responsabilità penale del datore di lavoro si riscontra nella violazione dell'obbligo di adeguamento alle misure prevenzionistiche e nell'omissione di un generalizzato dovere di vigilanza, desunti dall'art. 2087 c.c., il cui impiego come fonte della posizione di garanzia sembra risolversi nell'elusione dell'accertamento giudiziale *in concreto* del nesso di causalità e della colpa fra l'infortunio e la condotta del vertice.

In quest'ottica, come già osservato, la responsabilità del datore di lavoro sussiste anche a fronte di cause sopravvenute, come le imprudenze del lavoratore, eccetto che non siano abnormi, a prescindere dalla valutazione in termini ipotetici dell'idoneità della condotta impeditiva alternativa lecita, bensì è desunta automaticamente dall'inosservanza della regola cautelare, come se l'evento fosse una mera condizione di punibilità. Inoltre, l'accertamento non si sofferma sulla concretizzazione dello specifico rischio che la norma intendeva prevenire o peggio, si procede alla creazione a posteriori della regola cautelare o alla nozione di colpa generica, ai sensi dell'art. 43 c.p.²⁶⁰ determinando una surrettizia inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro²⁶¹.

²⁵⁹ LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 116.

²⁶⁰ A proposito dei temi riguardanti l'imputazione della responsabilità v. Sezione I del Capitolo I.

²⁶¹ LEONCINI I., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 118 ss. e spec. 120, secondo la quale una delle motivazioni pratiche che giustificerebbe tale indirizzo giurisprudenziale è quello di riconoscere alla vittima il risarcimento del danno da reato, con l'intento di «compensazione della diseguaglianza sociale ed economica fra imputato e vittima», ma soprattutto da «una presumibile finalità di deterrenza, volta a consolidare l'efficacia della normativa di settore, apparentemente rafforzata da un sostanziale regime di responsabilità oggettiva». L'Autrice osserva che seppur i beni giuridici sottesi siano prevalenti sugli altri interessi contrastanti, ciò non giustifica neanche

Quanto, invece, agli obblighi di organizzazione «secondaria» - e quindi sia le condotte omissive di controllo e coordinamento che quelle attive di diligenza - la giurisprudenza tende a ravvisare nella rispettiva violazione un contributo rilevante a titolo di concorso nelle contravvenzioni oppure di cooperazione nel delitto colposo ai sensi dell'art. 113 c.p., attraverso percorsi motivazionali che non sempre rispettano i presupposti oggettivi e soggettivi della cooperazione e che rischiano di allontanarsi dai principi costituzionali, in particolare quello di personalità della responsabilità penale²⁶² essendo chiamati a rispondere «tutti coloro che abbiano apportato un qualsiasi contributo causale, a livello operativo od organizzativo, indipendentemente dalla titolarità di un corrispondente obbligo giuridico di impedimento»²⁶³.

In particolare, le perplessità riguardano tre profili: la qualificazione della condotta in termini di azione o di omissione ed in quest'ultimo caso se questa possa rilevare a titolo di cooperazione; il nesso causale che dovrebbe sussistere fra le condotte di cooperazione e l'evento-infortunio qualora la posizione del datore di lavoro sia connotata da una lontananza spaziale o temporale²⁶⁴; dal punto di vista dell'elemento soggettivo, se la punibilità concorsuale debba tener conto dei principi di autoresponsabilità ed affidamento, quando si ritenga debba sussistere un obbligo di prevenire le condotte colpose altrui²⁶⁵.

3.1. "Rischio di dolo" e "dolo di rischio" per gli infortuni sul lavoro: il caso Thyssenkrupp in attesa dell'appello

Emblematica della tendenza espansiva giurisprudenziale appare la recente sentenza²⁶⁶ della Corte d'Assise di Torino che ha condannato²⁶⁷ l'amministratore

eccezionalmente la deroga al principio della personalità della responsabilità penale dell'art. 27, comma 1, Cost.

²⁶² PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 64.

²⁶³ Così, PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 144.

²⁶⁴ L'imputazione a ritroso può generare il pericolo di un cd. «regresso all'infinito», PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 66.

²⁶⁵ L'analisi è di PIVA D., *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, cit., 65 ss.

²⁶⁶ Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, II, 248 ss., anche su www.penalecontemporaneo.it. Il caso è quello riguardante l'incendio divampato il 24 marzo 2002 presso lo stabilimento della *Thyssenkrupp* di Torino che ha causato la morte di sette operai. Gli altri cinque imputati, amministratori e dirigenti dell'impresa, sono stati condannati anch'essi

delegato di *Thyssenkrupp Terni S.p.A.* per *omicidio volontario plurimo*, ai sensi dell'art. 575 c.p.: il carattere di assoluta novità²⁶⁸ in materia di sicurezza sul lavoro concerne l'accertamento del *dolo eventuale*²⁶⁹ di incendio ed omicidio in capo allo stesso amministratore delegato, in quanto è stato ritenuto dalla Corte

per il delitto di cui all'art. 437, comma 2, c.p., nonché per omicidio colposo plurimo (art. 589 commi 1, 2 e 3 c.p.) ed incendio colposo (art. 449, in relazione all'art. 423 c.p.), questi ultimi entrambi aggravati dalla previsione dell'evento; sulla base del diverso coefficiente psicologico della *colpa cosciente*. Due consiglieri erano membri del Comitato esecutivo (cd. *Board*) della società, uno con delega per il commerciale ed il marketing, l'altro per l'amministrazione, finanza controllo di gestione, approvvigionamenti e servizi informativi; un dirigente con funzioni di Direttore dell'Area Tecnica e Servizi, competente nella pianificazione degli investimenti in materia di sicurezza antincendio anche per lo stabilimento di Torino; il direttore dello stabilimento in questione; il dirigente con funzioni di Responsabile dell'Area EAS (ecologia, ambiente e sicurezza) e di RSPP dello stabilimento. Su tali soggetti, in forza delle citate deleghe conferite effettivamente all'interno del Consiglio di amministrazione della società, gravavano in pieno tutte le funzioni e gli obblighi tipici del datore di lavoro: sulla pluralità dei datori di lavoro nel caso di specie cfr. PASCUCCI P., *L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza "ThyssenKrupp": dialoghi con la giurisprudenza*, in *I working papers di Olympus*, su www.olympus.uniurb.it, 10/2012, 9 e spec. 24 s.

Quanto alle sanzioni, a quattro di loro è stata inflitta la pena di tredici anni e sei mesi di reclusione, al quinto quella di dieci anni e dieci mesi. La Corte d'Assise ha inoltre condannato la società *Thyssenkrupp Terni S.p.A.* per omicidio colposo ai sensi dell'art. 25-septies del d.lgs. 231/2001, infliggendole una sanzione pecuniaria pari ad un milione di euro, nonché disponendo, oltre alle sanzioni interdittive ed alla confisca del profitto del reato per una somma di 800 mila euro, la pubblicazione della sentenza sui quotidiani di diffusione nazionale *La Stampa*, *il Corriere della Sera* e *La Repubblica*.

Si può osservare inoltre che fra i condannati c'è anche il soggetto Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), in quanto rivestiva in azienda anche il ruolo di dirigente di fatto con funzione di responsabile dell'area ecologia ambiente e sicurezza (EAS); le perplessità sorgono in merito all'opportunità di attribuire ad uno stesso soggetto il ruolo di dirigente e quello di consulente, quest'ultimo, infatti, dovrebbe esercitare un compito di collaborazione e controllo su una attività svolta da sé stesso, VIOLA M., *Relazione di sintesi*, Seminario *La responsabilità penale dei "vertici" e delle società per gli infortuni sul lavoro dopo la sentenza Thyssen*, 28 marzo 2012, Università degli Studi Roma Tre, su www.adapt.it.

²⁶⁷ Herald Espenhahn, amministratore delegato, con delega per la produzione e sicurezza sul lavoro, il personale, gli affari generali e legali, è stato condannato a 16 anni e 6 mesi di reclusione; in concorso formale - art. 81, comma 1, c.p. - con i delitti di incendio doloso, ai sensi dell'art. 423 c.p. ed omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento, di cui all'art. 437, comma 2, c.p., avvinti dall'unicità del disegno criminoso.

²⁶⁸ È la prima volta che viene configurato un omicidio con dolo eventuale in materia di responsabilità del datore di lavoro, così FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 152, il quale osserva come un orientamento simile, con finalità generalpreventive si vada affermando in materia di incidenti stradali.

²⁶⁹ È stato osservato che in linea di principio potrebbero essere significative le differenze sanzionatorie: l'omicidio colposo è punito da uno a sette anni, mentre l'omicidio doloso da ventuno anni in su, inoltre la differenza rileva anche nell'ambito della responsabilità civile, in particolare ai rapporti con gli enti assicurativi; tuttavia, nel caso specifico, se fosse stato contestato l'omicidio colposo, la pena inflitta all'amministratore delegato non sarebbe stata di molto inferiore, ciò comproverebbe il carattere generalpreventivo della condanna in questione, VIOLA M., *Relazione di sintesi*, cit. Nonché sul piano risarcitorio ed in riferimento alla perdita del diritto ad ogni prestazione da parte dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro, sul punto cfr. PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, in corso di pubblicazione; sulle altre differenze rispetto agli effetti della condanna, v. *infra*.

che questi abbia accettato volontariamente il rischio della verifica di eventi lesivi ai danni di operai come conseguenza della decisione di posticipare gli investimenti di risorse finalizzate al potenziamento della prevenzione anti-incendio nello stabilimento ormai in via di chiusura, ma tenuto ancora in attività nonostante lo stato di crescente abbandono e insicurezza²⁷⁰.

La prima precisazione riguarda la qualifica di datore di lavoro, infatti, l'amministratore delegato è stato individuato come tale perché la Corte ha ritenuto che la delega rilasciata al dirigente dello stabilimento di Torino fosse solo formale ed avesse il precipuo obiettivo di concentrare su di una sola persona il rischio connesso alla sicurezza sul lavoro, dunque, essendo priva di autonomia finanziaria e gestionale è stata ritenuta non dotata di efficacia liberatoria per le responsabilità in materia di antinfortunistica²⁷¹. Inoltre, si è ritenuto sussistente il dolo eventuale solo in capo all'amministratore delegato e la colpa cosciente solo per alcuni degli amministratori: nessuna responsabilità penale è stata riconosciuta in capo agli altri componenti del Consiglio di Amministrazione privi di deleghe²⁷².

²⁷⁰ In particolare, la Corte ha individuato tra le condotte criminose rilevanti: la riduzione degli interventi di manutenzione e pulizia provocando la perdita di oli e l'accumulo di carta, gli incendi frequenti di varie proporzioni, la mancanza di un'organizzazione effettiva dei percorsi di informazione e formazione dei lavoratori e la drastica riduzione del numero dei dipendenti, soprattutto di professionalità qualificate, DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, in *Diritti lavori mercati*, 2011, 476. Cfr. DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2012, 143, per il quale assumono rilievo nella vicenda anche altre carenze strutturali quali «indicatori del dolo»: lo stabilimento di Torino era privo sia del certificato di prevenzione incendi, in quanto i vigili del fuoco avevano ritenuto che l'azienda dovesse svolgere gli interventi integrativi, sia del sistema automatico di rilevazione e spegnimento degli incendi, nonostante le sollecitazioni del consulente tecnico dell'assicurazione per l'installazione; in aggiunta, nel giugno del 2006, presso lo stabilimento della stessa azienda a Krefeld, in Germania, era divampato un incendio devastante, per il quale la stessa società aveva ritenuto un miracolo che fossero tutti superstiti; tale incidente aveva determinato l'aumento della franchigia imposta dalle compagnie di assicurazione per le linee di produzione di Torino (da 30 a 100 milioni di euro, il doppio rispetto agli altri stabilimenti); infine, proprio a seguito dell'incidente, la multinazionale aveva stanziato in via straordinaria, per il triennio 2006/2008, una somma di circa 16,7 milioni di euro destinati ad interventi di prevenzione degli incendi per gli stabilimenti italiani. Tuttavia l'amministratore delegato aveva deciso di utilizzare questi ultimi fondi esclusivamente per i nuovi impianti di Terni e non per quelli di Torino, in quanto in via di dismissione, cfr. MARRA G., *Il ceo ha fatto prevalere la logica del profitto sulla necessità di installare i sistemi "salva vita"*, in *Guid. Dir.*, 2011, 49/50, 70 s.

²⁷¹ Opera il principio di effettività nell'individuazione del datore di lavoro, così DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 479 ss. e spec. 486.

²⁷² In senso contrario rispetto alla giurisprudenza precedente, cfr. nota 12 del Capitolo I. Dal punto di vista della responsabilità civile, a seguito della riforma del diritto societario, con il d.lgs.

Di fatto gli effetti di una qualificazione della responsabilità in termini di dolo eventuale, anziché colpa, non sono di poco conto: innanzitutto i termini di prescrizione²⁷³, il regime delle pene accessorie senza i limiti di cui all'art. 33 c.p., la competenza della Corte d'Assise invece che del Tribunale in composizione monocratica, l'impossibilità di procedere a patteggiamenti o al beneficio della sospensione condizionale della pena; inoltre, la differenza incide anche sulla responsabilità delle persone giuridiche. Configurabile ai sensi dell'art. 25-*septies*, d.lgs. 231/2001, esclusivamente a titolo di omicidio colposo.

Gli indici utilizzati dalla Corte, nella distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente sono tre: quelli concernenti la rappresentazione della concreta possibilità dell'evento, quelli relativi all'atto decisionale ed i fattori concernenti la ragionevole speranza di poter evitare l'evento²⁷⁴.

6/2003, gli altri amministratori deleganti non hanno più il dovere di vigilare sulla gestione della società, bensì l'obbligo di valutare il generale andamento della gestione e di agire in modo informato, cfr. artt. 2381 comma 3 e 2392 c.c. La riforma ha parzialmente influenzato anche la disciplina penale, cfr. Cass. pen., 4 maggio 2007, n. 23838, in *Guid. Dir.*, 2007, 35, 71 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 1634, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919 ss., (cd. Ligresti), in cui si è riconosciuto in capo agli amministratori deleganti «un perdurante obbligo di controllo e intervento sostitutivo in ordine, non all'adozione di una singola misura di prevenzione per la tutela della salute di uno o più lavoratori o al mancato intervento in un singolo settore produttivo, ma alla complessiva gestione aziendale della sicurezza da parte degli amministratori delegati». Tuttavia, la giurisprudenza prevalente sembra orientata nel senso opposto, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Foro it.*, 2012, II, 11 ss., (cd. Montefibre, Quaglierini ed altri), v. nota 152 del Capitolo I.

²⁷³ Trent'anni piuttosto che sette, salvo atti interruttivi, in questi termini PIVA D., "*Tesi*" e "*antitesi*" sul dolo eventuale nel caso *Thyssenkrupp*, cit.

²⁷⁴ BARTOLI R., *La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, in *La tavola rotonda, Il caso "Thyssenkrupp": dolo eventuale (e colpa cosciente) al banco di prova degli infortuni sul lavoro: una novità inattesa o uno sviluppo nel solco della tradizione?*, in *Leg. pen.*, 2012, 530 s.

Anzitutto, la tesi della volontarietà²⁷⁵ di tale scelta si fonda²⁷⁶, da un lato, sull'analisi delle possibili motivazioni imprenditoriali ispirate a logiche di profitto²⁷⁷, sottese alla decisione di continuare l'attività produttiva il più a lungo possibile²⁷⁸ nonostante le condizioni di sicurezza molto precarie e l'«azzeramento» degli investimenti previsti e degli interventi necessari per farvi fronte; dall'altro, su una valutazione che concerne la personalità dell'amministratore delegato, ossia le sue competenze professionali ed i poteri decisionali derivanti dalla delega di cui disponeva²⁷⁹. Nello specifico è gravato ancor più il fatto di aver ignorato tutti i cd. segnali d'allarme, desumibili da diversi altri incidenti che si erano verificati nello stesso stabilimento a causa delle carenze del sistema di sicurezza e che avrebbero dovuto comportare interventi immediati sulla sicurezza²⁸⁰.

È proprio il perseguimento del vantaggio economico²⁸¹ che avrebbe indotto l'amministratore delegato ad assumere la decisione che gli è stata

²⁷⁵ Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., la Corte argomenta che la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente ma «il criterio distintivo deve essere cercato *sul piano della volizione*. Mentre, infatti, nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata 'accettata' psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente». Cfr. DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 488, il quale ha osservato che la Corte torinese ha aderito alla cd. «svolta volontaristica», v. Cass. pen., Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, in *Cass. pen.*, 2010, 2559 ss., (cd. Nocera), con nota di DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in tale occasione, in materia di ricettazione, le Sezioni Unite hanno affermato che il dolo eventuale «richiede un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, [...] è necessaria, pertanto, una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire [...] e il non agire», cfr. nota 290.

²⁷⁶ Cfr. FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 160.

²⁷⁷ ZIRULIA S., *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*, su www.penalecontemporaneo.it, 2011.

²⁷⁸ Una chiusura «a scalare», che vedeva contemporaneamente il trasferimento degli impianti e delle strutture nel nuovo polo produttivo di Terni, cui erano destinati tutti gli interventi relativi alla sicurezza, cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit.

²⁷⁹ RAFFAELE S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1080.

²⁸⁰ VIOLA M., *Relazione di sintesi*, cit.; PERDONÒ G.L., *Dal caso ThyssenKrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro: un'analisi dell'attuale disciplina e delle possibili linee di sviluppo*, in *Corte d'Assise*, 2011, 629.

²⁸¹ Il risparmio di risorse per il potenziamento della sicurezza di uno stabilimento in via di chiusura e la continuazione della produzione per evitare i danni economici che sarebbero derivati da un blocco totale dell'attività produttiva a Torino, così FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 160.

rimproverata, a scapito della tutela della vita e dell'integrità dei lavoratori, determinando deliberatamente la preminenza²⁸² del primo interesse rispetto al secondo nel complessivo bilanciamento tra costi e benefici.

Secondo il ragionamento della Corte, egli aveva visitato lo stabilimento di Torino in più occasioni nei mesi precedenti all'incidente ed in base alle sue capacità personali aveva ben potuto rendersi conto delle carenze strutturali dello stabilimento²⁸³; nella configurazione del dolo eventuale, si è ritenuto che nessun errore sia intervenuto nella valutazione delle circostanze di fatto o del decorso causale dell'evento, né in ordine all'elevata probabilità della verifica di un incendio, né rispetto alla tragica morte degli operai, ai quali infatti non era stata fornita un'adeguata protezione attraverso il sistema automatico di rivelazione e spegnimento degli incendi²⁸⁴.

Da ciò la Corte ha dedotto che l'atteggiamento psicologico del reo non poteva essere qualificato come una mera “accettazione del rischio”, perché, avendo rinviato gli investimenti necessari per l'adeguamento dei sistemi di *fire prevention* pur consapevole del rischio-incendio, ha agito «a costo»²⁸⁵ del

²⁸² Cfr. Corte d'Assise Torino, Sez. II, 15 aprile 2011, cit., a proposito del dolo eventuale la Corte afferma che «il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro. [...] L'obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento dell'interesse preminente attrae l'evento collaterale, che viene dall'agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito. Non è, quindi, sufficiente la previsione della concreta possibilità di verifica dell'evento lesivo, ma è indispensabile l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato».

²⁸³ DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 159, osserva che la prevalenza della componente rappresentativa dell'elemento psicologico riconosciuto in capo all'amministratore delegato bilancia la debolezza del momento volitivo.

²⁸⁴ MARRA G., *Il ceo ha fatto prevalere la logica del profitto sulla necessità di installare i sistemi “salva vita”*, cit., 72 s., il quale osserva, appunto, che l'accertamento dell'errore o la sua plausibile possibilità in capo all'agente avrebbe escluso il dolo eventuale in favore della colpa cosciente.

²⁸⁵ La Corte d'Assise, riportandone ampi stralci, richiama Cass. pen., Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, 20 II, 533 ss., (cd. Ignatiuc), con nota di DI FRESCO F.P., *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsigliata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione «risolverà» la prima formula di Frank*, nella quale si afferma che «in tema di elemento soggettivo del reato, il criterio distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente deve essere ricercato sul piano della volizione; mentre nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata “accettata” psicologicamente dall'agente, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto certezza del verificarsi del fatto, nella colpa cosciente la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto il soggetto dall'agire». La Corte torinese sembra condividere la dottrina che individua nella nozione di “scelta” il discrimine della colpevolezza dolosa rispetto alla colpa cosciente: «la scelta per l'illecito» è esito di un bilanciamento di interessi, principio già in parte affermato dalla nota sentenza della Corte

verificarsi dell'evento e senza riporre alcuna ragionevole fiducia nell'intervento impeditivo di fattori, oggettivi o soggettivi, concomitanti all'azione²⁸⁶; tale condotta dimostra una più netta presa di posizione in merito all'evento offensivo: una decisione che esprime un suo favore nei confronti della lesione del bene giuridico²⁸⁷.

E questa, secondo la Corte, è stata una scelta consapevole, «una decisione deliberata e non un comportamento imprudente»²⁸⁸, anche per le qualità positive²⁸⁹ che connotano la personalità dell'imputato: l'elevata competenza professionale, la sensibilità per la pulizia degli stabilimenti, la costante preoccupazione per l'adozione di tutte le misure e di tutti gli accorgimenti necessari per prevenire ogni pericolo. Proprio tali caratteristiche personali rendono il suo coefficiente psicologico più pregnante²⁹⁰ rispetto a quello degli altri imputati, in quanto è stato ritenuto che questi avesse acquisito prima dell'incidente una corretta rappresentazione del fatto tipico, in riferimento sia al reato d'incendio che a quello di omicidio²⁹¹; più in particolare, mentre la rappresentazione viene dedotta da una serie di elementi che consistono nei precedenti della condotta (ovvero alla sua condotta di vita), il momento volitivo

Costituzionale 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss., con nota di FIANDACA G. DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 477 s.

²⁸⁶ Sebbene avesse la speranza che nulla accadesse, questa è stata ritenuta irragionevole dalla Corte stessa perché i fattori sui quali si fondava sono stati valutati l'uno irrilevante e l'altro privo di consistenza: riguardo alla presenza nello stabilimento di un impianto antincendio nel locale sotterraneo, viene giudicato irragionevole che l'amministratore delegato potesse confidare su quel solo impianto, data la sua esperienza; quanto al secondo fattore, risultano insufficienti le capacità dei suoi collaboratori, essendo questi privi di effettivo potere decisionale e con limitata capacità tecnica e di gestione, anche in quest'ultimo caso è decisiva la personalità dell'imputato come indicatore complessivo del dolo, cfr. MARRA G., *Il ceo ha fatto prevalere la logica del profitto sulla necessità di installare i sistemi "salva vita"*, cit., 74; DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 149.

²⁸⁷ MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I working papers di Olympus*, su www.olympus.uniurb.it, 8/2012, 10.

²⁸⁸ VIOLA M., *Relazione di sintesi*, cit.

²⁸⁹ FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 161, secondo il quale quelle stesse qualità positive avrebbero potuto far propendere per la tesi della colpa con previsione, cfr. paragrafo 4 del Capitolo III.

²⁹⁰ È stato osservato che, essendo il dolo accertabile solo attraverso valutazioni di tipo deduttivo, assumono rilievo anche fattori estranei alla componente volitiva, come ad esempio il grado di pericolosità della condotta, l'entità dell'offesa ed il rango del bene giuridico tutelato, cfr. PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, cit.

²⁹¹ DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 486 s.

invece da una serie di indicatori che attengono all'autore: i poteri decisionali, la competenza particolare, la prevenzione incendi negli stabilimenti, la decisione di posticipare gli investimenti e la continuazione della produzione²⁹². Tanto è vero che la condotta dell'imputato è stata ritenuta parzialmente commissiva quando, nonostante i finanziamenti della società capogruppo *Thyssenkrupp Stainless*, ha deciso di rinviare comunque l'applicazione delle misure antincendio²⁹³.

In aggiunta, si è osservato che anche l'accertamento dell'elemento materiale subisce una semplificazione: infatti, l'evento oggetto di rappresentazione non deve essere lo stesso rispetto a quello verificatosi, ma è sufficiente che sia «simile, analogo»²⁹⁴.

Ed è proprio per l'esperienza e la professionalità dell'amministratore delegato che la Corte ha riconosciuto un coefficiente psicologico diverso in capo agli altri amministratori, sulla base della «ragionevole» speranza di essersi «affidati» a quelle qualità, in altre parole la Corte ha ritenuto che gli altri amministratori, pur avendo la conoscenza piena e diretta della situazione di insicurezza²⁹⁵, confidassero nel fatto che il controllo esercitato dal vertice fosse sufficiente ad impedire l'evento previsto²⁹⁶.

Infatti, l'elemento della rappresentazione connota sia il dolo eventuale che la colpa cosciente, tuttavia la distinzione è proprio nella volizione suddetta, la

²⁹² PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 634.

²⁹³ Cfr. PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, cit., il quale osserva che considerando la condotta commissiva non sarà neppure necessario dimostrare la sussistenza di uno specifico obbligo giuridico d'impedimento ai sensi dell'art. 40 c.p. È contrario a tale qualificazione DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 478, in quanto ritiene che le condotte dell'amministratore delegato integrino la violazione degli obblighi di agire gravanti sul datore di lavoro e dunque, siano condotte esclusivamente omissive.

²⁹⁴ Sul punto v. PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, cit., il quale ritiene che una corretta ricostruzione della responsabilità penale richieda un rapporto di «compenetrazione» tra elemento materiale e psicologico: il riferimento ad eventi diversi da quello "concreto", *hic et nunc* verificatosi potrebbe celare un giudizio normativo, appiattendolo il dolo solo su componenti personalistiche.

²⁹⁵ PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 636 s. e spec. 638, il quale osserva che le scelte dei dirigenti tecnici di Terni e dei vertici di *Thyssenkrupp AST* acquistano nella decisione la natura di «fattori esterni» non dominabili dagli imputati. Inoltre, secondo l'Autore dovrebbe venire in rilievo per ciascuno di essi un'ipotesi di colpa per assunzione, stante l'incapacità di svolgere le proprie funzioni, non scusabile, in quanto evitabile mediante astensione.

²⁹⁶ DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 479, il quale ritiene non convincente il ricorso al principio di affidamento nel caso concreto, cfr. Cass. pen., Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, cit.

differenza della colpa cosciente sta nel fatto che la certezza del verificarsi dell'evento avrebbe trattenuto l'agente, mentre nel primo caso il soggetto agente avrebbe agito comunque, anche se avesse avuto la certezza del suo verificarsi²⁹⁷.

In pratica però la distinzione non è così semplice; com'è noto, l'accertamento giudiziale dell'elemento psicologico così posto incontra non poche difficoltà, potendosi fondare esclusivamente su prove indiziarie²⁹⁸. A tal proposito la giurisprudenza²⁹⁹ ha affermato che la configurazione del dolo eventuale deve essere assistita, sul piano oggettivo dall'individuazione in

²⁹⁷ DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2559 s., osserva che l'impostazione è quella della cd. prima «Formula di Frank», elaborata già da Breindenbach nel 1844 e successivamente ripresa dal penalista tedesco Reinhard Frank tra la fine del XIX secolo e l'inizio degli anni Trenta del XX secolo; in base a tale formula per la configurazione del dolo eventuale si richiedeva, oltre che la rappresentazione delle circostanze che rendono possibile la verificazione del reato, anche l'accertamento che il soggetto avrebbe agito egualmente nonostante la certezza in merito alle conseguenze della sua condotta; in base alla seconda formula, invece, il soggetto avrebbe agito a prescindere dalla tipologia delle conseguenze causabili ed a costo di quest'ultime.

L'impostazione della prima formula è stata accolta dalla giurisprudenza nella cd. svolta volontaristica, cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, cit., (cd. Nocera), in tale pronuncia le Sezioni Unite hanno riconosciuto il dolo eventuale come una figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale, composta da una componente rappresentativa ed una volitiva che, superando la nota formula, è riferita sia all'esistenza dei presupposti del reato che alla verificazione dell'evento come conseguenza dell'azione. Pertanto, per configurare il dolo eventuale si richiede più di un semplice atteggiamento psicologico di disattenzione, noncuranza o mero disinteresse, quanto più la decisione di agire costi quel che costi, in tal senso, v. PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2009, 341. *Contra*, DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 491, ritiene che la formula di Frank si risolva in una *probatio diabolica* inutile, in quanto consisterebbe nella sostituzione di una mera ipotesi all'atteggiamento psichico reale ed effettivo dell'agente, ovvero sia un semplice giudizio ipotetico e non una valutazione del concreto atteggiamento psichico dell'agente. Secondo l'Autore si correrebbe il rischio di cadere nel diritto penale d'autore, in quanto le difficoltà probatorie porterebbero il giudizio a soffermarsi sull'agente invece che sul fatto. Nello stesso senso, DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 150, che ritiene la formula di Frank inconsistente, in quanto «non in grado di descrivere l'essenza concettuale del dolo e comunque dalla limitata efficacia euristica anche in sede di accertamento».

²⁹⁸ BARTOLI R., *Il dolo eventuale sbarca anche nell'attività d'impresa*, in *Dir. pen. e proc.*, 6/2012, 702 ss. e spec. 704, il quale osserva che, a differenza di quanto accade per le

componenti materiali, la prova è esclusivamente indiziaria. Nello stesso senso, RAFFAELE S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, cit., 1103, la quale afferma che il «criterio degli accorgimenti» non è decisivo nell'accertamento della concreta volontà del soggetto agente, ma ne può costituire un indizio, come criterio di probabilità, per la determinazione del dolo eventuale.

²⁹⁹ Cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., 26 novembre 2009, n. 12433, cit., (cd. Nocera), con nota di DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit. Sul punto cfr. DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 150, secondo cui con tale sentenza le Sezioni muovono un monito alla prudenza nell'utilizzo della prima formula di Frank per l'accertamento del dolo quando sembra limitarne l'applicabilità allo specifico presupposto della provenienza delittuosa, previsto nella ricettazione piuttosto che, in generale, alla categoria dei presupposti della condotta.

concreto di dati di fatto «inequivoci»³⁰⁰ e dal punto di vista soggettivo la dimostrazione che il soggetto non avrebbe agito diversamente³⁰¹: si tratta della consueta «prova per indicatori»³⁰², ai quali viene attribuito valore sintomatico e che nel caso *Thyssenkrupp* sono costituiti dal *criterio di economicità*, adottato dal vertice a scapito della salute dei lavoratori sulla base di una valutazione di convenienza e desunto dai precedenti della condotta e dalla personalità dell'autore³⁰³. Il discrimine con la colpa cosciente in definitiva sarebbe rappresentato dagli accorgimenti adottati dall'agente per evitare l'avveramento della previsione³⁰⁴: tuttavia, a ben vedere, nel caso *Thyssenkrupp*, la prova del dolo eventuale viene radicata sulla mancanza di fattori, obiettivamente idonei ad incidere sul decorso causale dell'evento, tali da giustificare una ragionevole speranza di evitarlo³⁰⁵, come invece è avvenuto per gli altri amministratori. Si è rilevato che, sul piano probatorio, la Corte torinese si discosti da quanto affermato in teoria: è la particolarità della materia infortunistica, infatti, che non consente di fondare il dolo sulla concreta volizione dell'infortunio; detto altrimenti, il *criterio di economicità* sembra non poter assumere alcun significato sul piano della volizione, né si potrebbe configurare il *rischio* come oggetto del

³⁰⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, cit., nella quale si individuano alcuni criteri che dovrebbero guidare l'indagine del giudice, come quello di «attribuire rilievo centrale al momento dell'accertamento e di effettuare con approccio critico un'acuta, penetrante indagine in ordine al fatto unitariamente inteso, alle sue probabilità di verificarsi, alla percezione soggettiva della probabilità, ai segni della percezione del rischio, ai dati obiettivi capaci di fornire una dimensione riconoscibile dei reali processi interiori e della loro proiezione finalistica».

³⁰¹ Rispetto a tale profilo, cfr. BARTOLI R., *La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, cit., 536, che propone di selezionare, attraverso un agente modello *ad hoc*, i fattori che, se appresi, determinano la possibilità di conoscere, in altre parole gli indicatori di una conoscenza effettiva.

³⁰² PIVA D., "Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso *Thyssenkrupp*, cit., il quale sostiene che, nella premessa di una «contestualizzazione» dell'accertamento nell'ambito delle logiche imprenditoriali, il dolo non potrebbe essere accertato con la Formula di Frank nei casi in cui l'evento costituisca il fallimento del piano perseguito dall'agente, ossia la produzione di un costo maggiore rispetto a quello sperato.

³⁰³ DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 149.

³⁰⁴ DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 495 s.; RAFFAELE S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, cit., 1100.

³⁰⁵ PIVA D., "Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso *Thyssenkrupp*, cit., secondo cui la prova si fonda sull'«irragionevole speranza» di poter impedire l'evento, né su un atteggiamento di indifferenza o disprezzo nei confronti dell'incolumità dei lavoratori né su un coefficiente rappresentativo particolarmente qualificato.

dolo³⁰⁶. Alla luce di queste considerazioni, l'accertamento non sembra potersi affermare «oltre ogni ragionevole dubbio», fondandosi piuttosto su talune presunzioni legate ai caratteri personali dell'agente³⁰⁷.

E allora la deriva possibile è duplice: un'imputazione «da rischio illecito», caratterizzata dall'aver agito «d'azzardo», vale a dire nonostante il rischio illecito³⁰⁸, abdicando alla valutazione dell'effettivo coefficiente psicologico e dunque, la «presa sul serio» del pericolo da parte dell'agente; le presunzioni del dolo da componenti personalistiche o etiche, anziché psicologiche, secondo le logiche del diritto penale d'autore³⁰⁹.

Alla luce del principio di personalità della responsabilità penale, si ritiene che l'accertamento giudiziale debba muoversi in ogni caso sul terreno della colpevolezza, avendo ad oggetto la ricostruzione del processo motivazionale, ossia formazione del volere nel caso concreto, per evitare di incorrere in un'imputazione di mera tipicità, secondo i meccanismi presuntivi della «teoria del rischio»³¹⁰; senza tuttavia trascurare che la decisione deve pur sempre fondarsi su una selezione obiettivo-fattuale, al fine di rimanere nell'ambito di una colpevolezza per il fatto e non d'autore³¹¹.

³⁰⁶ PIVA D., “Tesi” e “antitesi” sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp, cit., il dolo di rischio esulerebbe dall'accertamento di qualsiasi volontà, già implicita nell'azione intrapresa con la consapevolezza del pericolo.

³⁰⁷ PIVA D., “Tesi” e “antitesi” sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp, cit.

³⁰⁸ RAFFAELE S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, cit., 1102 ss. e spec 1106, fa riferimento alla dottrina tedesca (Jakobs G., Frisch W., Herzberg G.R.D.) che si muove esclusivamente sul profilo oggettivo dell'illecito penale; in particolare all'orientamento secondo il quale il dolo eventuale si configura quando sussistono determinati requisiti della rappresentazione, mentre il momento volitivo viene considerato irrilevante oppure non dimostrabile. Tale concezione si fonda sulla qualificazione normativa del dolo, che si configura in base ai criteri dell'«intensità del rischio» e del peso del «bene giuridico aggredito». Ad ogni modo, l'Autrice osserva che tali teorie si pongono in contrasto con le disposizioni del codice penale italiano che fondano la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente su elementi psicologici.

³⁰⁹ Cfr. FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 11 s.; DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 10 s.

³¹⁰ Cfr. Capitolo I.

³¹¹ DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 500 s., il quale ravvisa una configurazione dell'elemento psicologico molto simile alla *recklessness* anglosassone, rilevando come questa sia più vicina al dolo eventuale piuttosto che alla colpa, cfr. note 187, 192, 194 del Capitolo III. L'Autore auspicherebbe l'introduzione di una terza forma di colpevolezza, ossia la responsabilità da rischio illecito scientemente assunto; ciò porterebbe indubbi vantaggi sul piano dell'armonizzazione con gli altri ordinamenti europei e soprattutto porrebbe un freno alla tendenza della giurisprudenza di «spostare di volta in volta i confini del dolo eventuale per ragioni di politica criminale». Sembra contrario, MARRA G., *Il ceo ha fatto prevalere la logica*

Ad ogni modo, a fronte di una risposta punitiva così rigorosa restano varie perplessità³¹², in merito alle difficoltà probatorie in sede processuale rispetto ad elementi psicologici così sfuggenti e che, non avendo un preciso riscontro normativo, rischia di essere oggetto di eccessive estensioni dell'operatività del concetto di delitto doloso³¹³, mentre dovrebbe essere il legislatore a farsi carico «dell'avvertita esigenza di punire "meglio" e "di più"»³¹⁴. Inoltre, la condanna per dolo lascia inevitabilmente ampi spazi di incertezza in merito alla finalità della pena per l'autore doloso ed alla sua rimpoveribilità, nel caso in cui questa costituisca più che altro un «segnale politico-criminale» di prevenzione generale, da attribuire alle «preoccupazioni generalpreventive combinate con istanze retributive e di stigmatizzazione simbolica»³¹⁵. Probabilmente le stesse

*del profitto sulla necessità di installare i sistemi "salva vita", cit., 74, il quale ritiene che il dolo eventuale possa configurarsi anche nelle fattispecie strutturate sulla violazione delle regole cautelari, purchè la valutazione del giudice non si fermi sulla sola constatazione del «superamento della soglia del cosiddetto rischio consentito». Nello stesso senso DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit., 2581, il quale ritiene che la tripartizione della colpevolezza non darebbe risultati pratici soddisfacenti, perché «l'espansione del dolo eventuale è dovuta a ragioni di insofferenza per la scarsa efficacia generalpreventiva dei reati colposi o per il nulla generalpreventivo di vari illeciti extrapenali».*

³¹² MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, cit., 1 ss. e spec. 12, il quale muove alla decisione della Corte Torinese la critica di aver trascurato due elementi qualificanti l'attuale disciplina della sicurezza dei lavoratori: l'incertezza con cui si confronta chiunque sia gravato di obblighi di prevenzione del rischio e la dimensione organizzativa che connota l'intero impianto regolamentare vigente in materia; per questo l'Autore muove l'analisi dal rilievo che sarebbe stato più opportuno inquadrare il comportamento dell'amministratore delegato nella prospettiva della colpa con previsione, in quanto si osserva che la Corte non attribuisce un rilievo effettivo all'articolazione del processo decisionale, su quest'ultimo punto cfr. paragrafo 4 del Capitolo III.

³¹³ Da ultimo fa riferimento alla «flessibilità concettuale» del dolo eventuale PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, cit.

³¹⁴ PIVA D., *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso Thyssenkrupp*, cit.

³¹⁵ FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, cit., 153. Cfr. MARRA G., *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, cit., il quale osserva che azioni punitive eccessive se da un lato soddisfano «emozionali bisogni di giustizia», dall'altro non hanno una effettiva efficacia preventiva, specialmente sul profilo della responsabilità degli enti, cfr. paragrafo 4 del Capitolo III. Nello stesso senso PERDONÒ G.L., *Dal caso Thyssenkrupp alla responsabilità degli enti per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro*, cit., 627; DE VITA A., *La responsabilità del vertice aziendale nella vicenda ThyssenKrupp tra «formula di Frank» e recklessness*, cit., 501; DI FRESCO F.P., *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione «rispolvera» la prima formula di Frank*, in *Foro it.*, 2011, 20 II, 533 ss.; cfr. DEMURO G.P., *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, cit., 150 s., fa riferimento alla «versatilità concettuale del dolo eventuale» osservando che «il rapporto tra dolo e finalità della punizione per dolo ha la capacità di condizionare la descrizione del concetto e del suo accertamento»; DE FRANCESCO G., *L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento*

incertezze sono state rilevate dalla Corte d'Assise d'Appello di Torino, che il 28 febbraio 2013 ha riformato la sentenza emessa dai Giudici di primo grado, condannando l'amministratore delegato della *Thyssenkrupp* per il reato di omicidio colposo, con il coefficiente psicologico della colpa cosciente³¹⁶.

della tutela, in *La tavola rotonda, Il caso "Thyssenkrupp": dolo eventuale (e colpa cosciente) al banco di prova degli infortuni sul lavoro: una novità inattesa o uno sviluppo nel solco della tradizione?*, in *Leg. pen.*, 2012, 558, osserva che l'eventuale imputazione per dolo o per colpa richiederebbe un esame approfondito degli indicatori disponibili per evitare che «venga caricata di quelle logiche di pura "esemplarità" che non hanno mai favorito, ad onta delle apparenze, un'effettiva maturazione e sensibilizzazione della prassi». E da ultimo cfr. MASULLO M. N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012, 105 ss. e spec. 128 s., la quale ritiene preferibile il paradigma colposo al fine di soddisfare l'esigenza politico-criminale di «corresponsabilizzare» l'ente.

³¹⁶ Con una pena di anni 10 di reclusione (in primo grado la pena ammontava a 16 anni e 6 mesi di reclusione). Sebbene l'assenza di dolo abbia determinato una riduzione di pena per tutti gli altri imputati, con condanne tra gli 8 ed i 9 anni di reclusione, è stato osservato che una condanna simile per un infortunio mortale sul lavoro non è mai stata comminata in Italia.