

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO

*CURRICULUM* DIRITTO E PROCEDURA PENALE - XXXIII° CICLO



TESI DI DOTTORATO

LA DELEGA DI FUNZIONI NEL DIRITTO PENALE

DALLA RESPONSABILITÀ DELL'INDIVIDUO ALLA COLPA DI ORGANIZZAZIONE

TUTOR

CHIAR.MA PROF.SSA ANNAMARIA PECCIOLI

CANDIDATA

DOTT.SSA LORENZA VACONDIO

ANNO ACCADEMICO 2020 - 2021



*A Maurizio  
e ai miei genitori*



# INDICE

## INTRODUZIONE

1. La delega di funzioni nelle organizzazioni complesse come archetipo della società del rischio.....1
2. La delega nell'ordinamento giuridico: la delegazione soggettiva e interorganica nel diritto amministrativo.....4
- 2.1. (Segue.) La delega nel diritto civile e la sua mutevole fisionomia.....6

## CAPITOLO I

### LA COLLOCAZIONE DOGMATICA DELLA DELEGA DI FUNZIONI ALL'INTERNO DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO

#### SEZ. I - IL REATO OMISSIVO IMPROPRIO E LA POSIZIONE DI GARANZIA

1. Premessa.....9
2. L'autonomia dogmatica del reato omissivo "solidaristico".....10
3. L'ambito di applicazione della clausola di equivalenza..... 12
4. L'obbligo di impedimento dell'evento: la teoria formale.....14
- 4.1. La teoria sostanziale: la posizione di garanzia nel contesto della funzione della fattispecie omissiva impropria.....17
- 4.2. La teoria mista e la sua concezione costituzionalmente orientata.....19
- 4.2.1. Obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.....21
5. La fonte negoziale: obbligazioni contrattuali e obblighi di garanzia.....23
- 5.1. L'invalidità del titolo contrattuale e la posizione di garanzia "assunta di fatto".....25
6. Il nesso di causalità del reato commissivo mediante omissione (cenni).....28
- 6.1. Sul grado di certezza del nesso eziologico della causalità omissiva, tra dogmi e questioni controverse.....31

## **SEZ. II – LE POSIZIONI DI CONTROLLO E IL POTERE IMPEDITIVO DEL FATTO ILLECITO**

1. La posizione di garanzia di protezione (cenni).....35
2. Le posizioni di controllo: la fonte di pericolo “statica” e la fonte di pericolo “dinamica”.....37
3. Gli incerti confini dell’obbligo di impedimento del reato altrui.....42
  - 3.1. Sull’estensione del concorso omissivo nel reato commissivo. Obbligo di sorveglianza, obbligo di attivarsi e contributo agevolatore.....46

## **SEZ. III – LA POSIZIONE DI GARANZIA NELL’AMBITO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO**

1. La valutazione del rischio e la posizione di garanzia nell’ambito della sicurezza sul lavoro.....50
2. Il datore di lavoro: l’evoluzione normativa e il contenuto dei poteri/doveri, di cui è titolare.....54
  - 2.1. La declinazione della posizione di garanzia del datore di lavoro all’interno delle diverse realtà lavorative e il principio di effettività.....57
3. Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro: la figura del dirigente responsabile.....59
4. (Segue.) La posizione di garanzia del preposto.....62
5. (Segue.) L’incerta figura del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione.64
6. (Segue.) La posizione di garanzia del medico responsabile.....67

## **CAPITOLO II**

### **LA TEORIZZAZIONE DI UN MODELLO DI DELEGA DI FUNZIONI NEL DIRITTO PENALE**

#### **SEZ. I – LA TESI “FUNZIONALISTICA” DELL’EFFICACIA OGGETTIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

1. Premessa.....71
2. Il rapporto tra il reato proprio “funzionale” e il trasferimento della posizione di garanzia.....72
3. Riserva di legge e volontà privata, due paradigmi inconciliabili?.....78

4. L'esclusione dall'ambito di applicazione della delega di funzioni del mero "incarico di esecuzione".....79
5. Il datore di lavoro "di fatto" e il suo irriducibile deficit di legalità.....80
6. L'efficacia liberatoria della delega di funzioni per il dante incarico ed il possibile residuo obbligo di sorveglianza.....82
  - 6.1. I requisiti di efficacia per una valida delega di funzioni. Rinvio.....85

**SEZ. II – LA TESI SOGGETTIVA DELL'EFFICACIA SCUSANTE DELLA DELEGA DI  
FUNZIONI**

1. Il reato proprio nella concezione formale-civilistica.....87
2. L'efficacia scusante della delega e i limiti all'obbligo di controllo del datore di lavoro.....88
3. La posizione del delegato nel prisma dell'istituto del concorso nel reato proprio...89

**SEZ. III – LA TEORIA MEDIANA E LA POSIZIONE DI GARANZIA DERIVATA**

1. Profili di problematicità delle tesi dell'efficacia oggettiva e dell'efficacia soggettiva delle delega di funzioni.....92
2. Il tentativo di ricondurre gli effetti della delega alla luce del principio di affidamento. ....94
3. La concezione intermedia della delega di funzioni e la riconduzione dogmatica alla posizione di garanzia.....96
4. Conclusioni provvisorie: luci e ombre sulla responsabilità penale del delegante per il reato del delegato.....99

**CAPITOLO III**

**LA DELEGA DI FUNZIONI NELL'AMBITO DELLA SICUREZZA SUL  
LAVORO TRA PASSATO, PRESENTE E FUTURO**

**SEZ. I-LA LEGITTIMAZIONE "IMPLICITA" DELLA DELEGA DI FUNZIONI NEL D.LGS. N.  
626/1994**

1. L'originaria formulazione del D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e l'indelegabilità degli obblighi datoriali.....	101
2. L'intervento correttivo del d.lgs. 242/1996 dà una veste normativa "in negativo" della delega di funzioni: gli obblighi non delegabili del datore di lavoro.....	104
2.1. I modelli di delega prospettabili tra incertezze applicative e dogmatiche.....	105
3. L'elaborazione giurisprudenziale dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzione.....	107
4. Le incertezze dogmatiche sull'estensione dell'obbligo di vigilanza in capo al delegante.....	110

**SEZ. II - IL D.LGS. N. 81 DEL 2008 E LO STATUTO PENALE DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

1. L'atteso riconoscimento legislativo della delega di funzioni e la sistematica dei garanti alla luce della positivizzazione del principio di effettività.....	113
2. I requisiti tipizzati di validità ed efficacia della delega di funzioni.....	116
2.1. I requisiti formali: la forma scritta della delega di funzioni, tra incertezze dogmatiche e difetti di coordinamento.....	117
2.2. Gli altri requisiti formali: l'accettazione per iscritto, la "data certa" e la pubblicità.....	122
2.3. I requisiti sostanziali: professionalità ed esperienza del delegato.....	125
2.4. (Segue.) Le condizioni sostanziali per la costituzione della posizione di garanzia derivata: i poteri di organizzazione, gestione, controllo e di autonomia di spesa.....	127
2.5. L'elencazione tassativa dei requisiti della delega di funzioni e l'irrilevanza delle dimensioni dell'impresa.....	130
3. La delega come criterio generale di adempimento degli obblighi prevenzionistici e le funzioni non delegabili in via di eccezione.....	132
3.1. L'ambito soggettivo di applicazione della delega di funzioni, la subdelega e la delega a terzi estranei all'organizzazione aziendale.....	133
4. L'efficacia della delega valida e l'accoglimento della tesi intermedia alla luce del correttivo dell'art. 12 d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106.....	138



4.1. L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro e il suo difficile inquadramento dogmatico.....	139
--	-----

**SEZ. III - QUESTIONI APERTE: L'IRRIDUCIBILE CONFLITTO DEL PARADIGMA OMISSIVO  
NEL PRISMA DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

1. Quali possibili soluzioni per una delega invalida o inefficace?.....	143
2. Le disfunzionalità occasionali e i rischi di natura sistemica: i criteri ondivaghi della giurisprudenza.....	145
3. Luci e ombre sul divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi.....	147
3.1. Le rinnovate incertezze sul ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.....	150
4. Brevi cenni ai profili di interferenza tra la delega di funzioni e l'illecito plurisoggettivo colposo.....	152
5. Bilanci provvisori: il garante "puro" e il garante "prevenzionistico".....	156

**CAPITOLO IV**

**“AL DI LÀ” DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI SICUREZZA SUL LAVORO  
LA VIS ESPANSIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

**SEZ. I - LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI E LA DELEGA DI FUNZIONI**

1. Introduzione.....	161
2. La responsabilità amministrativa degli enti: il «delegante» e il «delegato» alla luce della distinzione tra «soggetto apicale» e «soggetto subordinato».....	163
3. I criteri di imputazione oggettiva, di cui all'art. 5, d.lgs. n. 231/2001 e la loro compatibilità con i reati colposi.....	167
4. La colpa di organizzazione e i modelli di organizzazione e gestione, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, tra esigenze di coordinamento e criticità.....	172

4.1. Differenze e similitudini tra il modello di gestione di organizzazione e controllo e il Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo.....	177
4.2. Il sistema di controllo di “secondo livello” e il ruolo dell’Organismo di vigilanza.....	183
5. La <i>vexata quaestio</i> dell’estensione del dovere di vigilanza del soggetto delegante sul delegato, ai sensi dell’art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008.....	186

## **SEZ. II - LA DELEGA DI FUNZIONI NEGLI ALTRI SETTORI DELL’ORDINAMENTO PENALE**

1. La delega di funzioni nel diritto penale dell’ambiente.....	191
1.1. L’efficacia del trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’ambiente e i diversi orientamenti della Corte di Cassazione.....	193
1.2. Particolari declinazioni dei requisiti della delega di funzioni in materia ambientale e il problema della delega esterna.....	195
2. Il principio di indelegabilità degli obblighi tributari al crocevia tra giurisprudenza e dottrina.....	198
2.1. Il tramonto di un dogma? La riconsiderazione dell’indelegabilità dell’obbligo tributario alla luce dell’evoluzione normativa.....	201
3. La delega di funzioni nella pubblica amministrazione: il datore di lavoro pubblico, l’atto di investitura dirigenziale e la delega di funzioni.....	205

## **CONCLUSIONI**

1. Quale “lezione dal passato”? I progetti di riforma del Codice penale.....	215
2. Una prospettiva futura “specificata”: la delega di funzioni come strumento generale e la privatizzazione della risposta punitiva. Condizioni e limiti.....	220
3. Una prospettiva futura “generale”: la redistribuzione della responsabilità tra individuo ed ente collettivo. ....	225

Bibliografia.....	231
-------------------	-----



## INTRODUZIONE

Sommario: 1. La delega di funzioni nelle organizzazioni complesse come archetipo della società del rischio.  
- 2. La delega nell'ordinamento giuridico: la delegazione soggettiva e interorganica nel diritto amministrativo - 2.1. (Segue.) La delega nel diritto civile e la sua mutevole fisionomia.

### ***1. La delega di funzioni nelle organizzazioni complesse come archetipo della società del rischio***

“La società del rischio”, così come denominata dal sociologo Ulrich Beck<sup>1</sup> esemplifica il paradigma della nostra società *post*-moderna caratterizzata da processi di modernizzazione senza confronti. Questi cambiamenti hanno contribuito ad innalzare il livello di benessere per l'uomo ma hanno anche creato un «rischio di provenienza umana come fenomeno sociale strutturale», che ha fatto nascere un'esigenza sempre più sentita di sicurezza, a cui il diritto penale dovrebbe dare risposta. Alla società fondata sui “saperi”, capaci di governare le conseguenze dell'agire umano, subentra la “società della possibilità”, in cui i rischi da prevedere, prevenire e governare non sono di facile delineazione<sup>2</sup>.

L'espansione dell'attività economica è sicuramente uno tra i fattori che caratterizzano questo fenomeno; la complessità delle organizzazioni imprenditoriali, operanti attraverso sistemi in cui i centri decisionali sono segmentati e procedimentalizzati, è sicuramente una conseguenza di questo processo. Si denominano, difatti, con il termine “organizzazioni complesse” tutte quelle realtà costituite da uomini e mezzi, che presentano una divisione di compiti, ai fini di realizzare uno scopo comune, che, come noto, costituiscono la modalità più diffusa per operare nel mercato.

Negli enti collettivi si assiste alla crisi del diritto penale imperniato sul modello di azione monosoggettiva; il “diritto penale classico” dell'epoca premoderna, che astrae le categorie generali dai tipi di reato specifici, quali l'omicidio, il furto, paradigmatici

---

<sup>1</sup> U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000. Si veda anche J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nella società postindustriale*, Milano, 2004, *passim*.

<sup>2</sup>Il tema è stato altresì ripreso da C. PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 327 ss.

dell'aggressione ai beni giuridici pilastri della comunità di quel tempo, viene in parte sostituito da una modalità di illecito di dimensione "collettiva"<sup>3</sup>.

Nel diritto penale della "premodernità" la forma tipica di manifestazione del reato è quella monosoggettiva, in cui l'azione e la decisione si sviluppano in tre momenti: la prima fase è quella della raccolta di informazioni su ciò che può essere fatto, la seconda è quella della scelta su come orientare la propria azione a seconda delle informazioni raccolte e la terza è quella che viene definitivamente poste in essere. Il soggetto agente è in grado di controllare tutte queste tre fasi e il potere decisionale raggiunge la sua massima espressione, poiché rimane concentrato nelle mani del singolo. Nelle strutture organizzate i centri di imputazione della responsabilità penale non sono di agevole individuazione a causa della "spersonalizzazione" che le connota, difatti proiettano i contributi umani all'esterno come un insieme non immediatamente distinguibile<sup>4</sup>.

In questo contesto di complessità, pertanto, subentra la necessità dei soggetti di cooperare tra loro, in particolare l'imprenditore può avvalersi, con la divisione del lavoro, di due differenti modalità di spartizione delle funzioni. Una modalità allude alla ripartizione di obblighi direttamente operata dal dettato normativi tra individui muniti di una specifica qualifica. Generalmente la particolare posizione, che viene istituita a carico di ulteriori soggetti rispetto all'imprenditore è la posizione di garanzia, elemento costitutivo del reato omissivo improprio, per il quale omettere di impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo<sup>5</sup>.

Il ricorso all'istituto del reato omissivo improprio ha un sicuro referente nella disposizione costituzionale, di cui all'articolo 41, che sancisce la libertà di iniziativa economica, subordinata, come previsto al comma 2, al rispetto di preminenti interessi umani, individuali e collettivi. L'ineliminabile conflittualità tra la ricerca del profitto dell'impresa e l'utilità sociale, proiettata nei valori sopraordinati della sicurezza, della libertà e della dignità umana, rende necessario il controllo delle fonti di pericoli, che la

---

<sup>3</sup> C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale per L'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 482 ss.

<sup>4</sup> A. ALESSANDRI, *Il primo comma dell'art. 27 Cost.*, in M. BRACA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 141; A. TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983, 102; S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione: per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003, 10 ss.

<sup>5</sup> E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, in A DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I ed., Padova, 1990, 278 ss.

moderna impresa può originare<sup>6</sup>. Questa funzione di controllo viene attuata dal garante, nella specie, *in primis*, dall'imprenditore-datore di lavoro, vale a dire da colui che è nella condizione di governare questi fattori di rischio, che possono ledere beni giuridici, la cui titolarità è in capo a soggetti che non sono nella condizione di proteggerli adeguatamente.

La seconda modalità con la quale si realizza una cooperazione nell'ambito delle organizzazioni complesse è il ricorso all'istituto della delega di funzioni, che, però, a differenza di quanto accade nella precedente situazione, si tratta di un trasferimento negoziale a terzi di obblighi originariamente facenti capo ad un determinato soggetto<sup>7</sup>. Nel diritto penale dell'economia è sorta una simile esigenza, altresì, perché in questo settore è molto più frequente l'utilizzo da parte del legislatore di reati propri, connotati da un soggetto attivo, qualificato, titolare di determinati obblighi, come può essere, per esempio, la valutazione dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa<sup>8</sup>. Può accadere che il datore di lavoro non sia in grado o non ritenga economicamente sostenibile adempiere personalmente agli obblighi, di cui è titolare e pertanto, scelga di decentrare verticalmente il potere in senso discendente nelle organizzazioni complesse, tramite l'istituto del trasferimento di funzioni, che come è stato acutamente osservato «serve a colmare la distanza che separa dal destinatario primario del precetto la fonte di rischio»<sup>9</sup>.

La delega di funzioni come strumento necessario di divisione del lavoro nelle cosiddette organizzazioni complesse si inserisce, in sostanza, a pieno titolo, nella trama dei rapporti che uniscono il diritto penale e la “società del rischio” o per meglio dire, è sicuramente una delle modalità con cui il diritto penale ha cercato di far fronte alle criticità della società *post-moderna*.

Con il presente lavoro ci proponiamo di studiare l'istituto partendo da un'analisi più generale, di ciò che fa “da sfondo” al trasferimento di funzioni, ovverossia la dogmatica del reato omissivo improprio. Ci si focalizzerà, in particolare, su ciò che risulta essere la necessaria premessa logica alla delega, ovverossia sulla distinzione degli

---

<sup>6</sup> C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 126; in una prospettiva di più ampio respiro si veda, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 154, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 237. Sugli obblighi di garanzia dell'imprenditore, G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, 745.

<sup>7</sup> E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, cit., 278 ss.

<sup>8</sup> A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2020, 181.

<sup>9</sup> Così C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano, 2004, 314-315.

obblighi di garanzia, dagli obblighi di attivarsi e dagli obblighi di sorveglianza, su come si declini la posizione di garanzia di controllo e su quali siano i presupposti applicativi dell'istituto del concorso mediante omissione nell'illecito.

Il lavoro continuerà, poi, con la ricostruzione del fondamento dogmatico della delega di funzioni, ricercato inizialmente nell'alveo del reato proprio, per poi collocarsi all'interno del trasferimento negoziale della posizione di garanzia.

Dal modello teorico si proseguirà con l'analisi della prassi applicativa nella materia della salute e sicurezza sul lavoro, ove la delega di funzioni ha visto la sua prima positivizzazione con il d.lgs. n. 81 del 2008, lo stesso testo di legge che ha sancito uno stretto collegamento tra la responsabilità dell'individuo con la responsabilità dell'ente collettivo, di cui al d.lgs. n. 231/2001. Ci si concentrerà, difatti, sui profili di intersezione tra questo settore e il "Sistema 231".

Infine, si studierà come il trasferimento di funzioni "varchi i confini" della materia prevenzionistica verso altri ambiti applicativi della società tecnocratica, ovverossia nella materia del diritto penale dell'ambiente, del diritto penale tributario e all'interno della pubblica amministrazione.

In conclusione, dovremmo poter rispondere a due interrogativi, se l'istituto della delega di funzioni possa prestarsi o meno ad un'applicazione generalizzata e in caso di risposta affermativa, con quali limiti. Se possa o meno la delega di funzioni essere idonea ad assolvere alle esigenze di divisione delle sfere di competenza nelle organizzazioni complesse o se, invece, in un certo senso debba essere "superata" per un paradigma ulteriore di responsabilità penale.

## ***2. La delega nell'ordinamento giuridico: la delegazione soggettiva e interorganica nel diritto amministrativo***

Prima di procedere oltre, però, si deve meglio precisare la scelta di campo, da cui prende le mosse la nostra analisi, dato che terminologie similari si ritrovano in altre branche del diritto ed evocano istituti che, pur rispondendo ad esigenze simili, sono governati da principi non sovrapponibili.

La delega di funzioni o delegazione di funzioni ha ricevuto una compiuta regolamentazione nel diritto amministrativo, in un contesto, tuttavia, dove l'attività della



pubblica amministrazione non è libera ma funzionalizzata al perseguimento degli interessi pubblici, stabiliti dalla legge. In tale ambito si distinguono due differenti tipologie di delegazione, quella intersoggettiva, che intercorre tra due enti pubblici e quella interorganica, tra due organi all'interno della stessa pubblica amministrazione<sup>10</sup>.

La versione antecedente dell'articolo 118 della Costituzione menzionava la delega di funzione, perché prevedeva che «le Regioni esercitassero le proprie funzioni amministrative «delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali o valendosi dei loro uffici»; la versione attualmente vigente tratta di conferimento di funzioni amministrative ai vari livelli di governo locale<sup>11</sup>.

Si parla, invece, di delegazione di funzioni, in riferimento a quell'atto unilaterale, temporaneo e formale con cui il delegante, che è l'organo investito in via primaria della competenza di una data materia, attribuisce un potere o una funzione all'organo delegato, ai fini di esercitare la stessa competenza. Questo atto deve essere facoltizzato in forza di una previsione di legge, in ossequio al principio di legalità, che permea l'attività amministrativa. Per esemplificare, si pensi alla disposizione, di cui all'art. 10 della l. n. 400/1988, la quale consente la delega di compiti dal Ministro al sottosegretario di Stato e all'articolo 17, comma 1, lett. c. del d.lgs. n. 165/2001 (testo unico enti locali), che consente la delega di alcune competenze dirigenziali.

Nel diritto amministrativo gli interpreti sono concordi nel ritenere che l'atto di delegazione comporti l'imputabilità dell'attività al delegato, poiché attualizza ciò che la legge stessa facoltizza e dunque non concretizza uno spostamento di competenze per atto negoziale. Il delegante conserva un potere di vigilanza e controllo ma è controverso se per il tempo della delega perda o meno il potere di agire in quello specifico settore. Diversa dalla delega/delegazione di funzioni è, invece, la delega di firma, che non comporta alcuno spostamento delle competenze *ex lege* previste, poiché al delegato compete esclusivamente sottoscrivere un atto, la cui titolarità e conseguente responsabilità permane in capo al delegante<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Per una compiuta analisi di confronto con la delega di diritto penale si veda A. SCARCELLA, *La delega di funzioni, prima e dopo il t.u. 81/08. Continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 315 ss.

<sup>11</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXII ed., Milano, 2020, 117-118. Per una recente analisi, si veda C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di «abbandono» dell'istituto* in *Il Mulino* (web), 4, agosto 2019.

<sup>12</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021, 204 ss.

## ***2.1. (Segue.) La delega nel diritto civile e la sua mutevole fisionomia***

Nel diritto civile l'istituto della delega non ha una connotazione unitaria ma questa terminologia si ritrova in una molteplicità di istituti; a mero scopo esemplificativo, si ricorda il contratto di mandato, in cui vi è un mandante, che conferisce un incarico ad un mandatario da attuare. Si parla di “delega professionale” e ancora, la disposizione, di cui all'art. 1268 c.c., disciplina la delegazione, tra i mezzi di estinzione delle obbligazioni; in senso lato, si ritrova «l'aspetto delegatorio», anche, negli istituti dell'espromissione, del pagamento da parte del terzo, nella cessione del contratto ecc.<sup>13</sup>. Si pensi anche alla disciplina della rappresentanza, di cui all'art. 1387 ss. c.c., con cui un rappresentante agisce in nome e per conto del rappresentato e viene autorizzato a farlo perché gli si conferisce il relativo potere, tramite il negozio di procura<sup>14</sup>.

La delega ha avuto consacrazione normativa, altresì, nel diritto commerciale, in particolare alla disposizione, di cui all'art. 2381 del c.c. Nelle organizzazioni complesse la divisione del lavoro, la ripartizione dei compiti tramite un assetto articolato, è condizione necessaria per l'efficienza della società; difatti, all'organo collegiale del consiglio di amministrazione spettano i compiti dell'imprenditore individuale. Tuttavia, la norma richiamata permette, in forza di una deliberazione di questo organo, una redistribuzione delle funzioni limitatamente alla cerchia dei soggetti che lo compongono, i cosiddetti amministratori delegati.

La dottrina inizialmente aveva proprio ricostruito l'efficacia penalista della delega di funzioni mutuando l'omologo istituto di diritto commerciale. La disposizione, di cui all'art. 2381 c.c., anche nella sua originaria formulazione, non poneva problemi, per questa corrente interpretativa, in merito all'efficacia costitutiva della responsabilità, in capo al delegato, poiché, nel limitato ambito delle fattispecie penalistiche societarie applicabili, si menzionavano genericamente gli amministratori come soggetti attivi dei

---

<sup>13</sup> La terminologia è mutuata dagli scritti di L. CAROSSO, *La delega nel diritto civile*, Torino, 1980-1983, in cui analizza «l'aspetto delegatorio» di diversi istituti di diritto civile non soltanto in un rapporto obbligatorio ma, altresì, nei rapporti reali (la delega domenicana, delega e destinazione reale, delega e stati di proprietà, la delega possessoria).

<sup>14</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019, 2051 ss.

reati, quali sono anche quelli delegati. Rimaneva, però, il problema inerente all'efficacia esonerante della delega circa la responsabilità del delegato<sup>15</sup>.

Tuttavia, come attenta dottrina ha messo in luce, questa norma di diritto civile non è suscettibile di generalizzazione di principio e non può essere fondante l'istituto della delega di funzione nell'ambito del diritto penale. In primo luogo, l'impossibilità si deduce dalla peculiare situazione e dal particolare contesto (quale l'esercizio dell'impresa in forma societaria), per cui è stata formulata ed inoltre dal chiaro riferimento ad un fenomeno differente, rispetto alla delega, bensì inerente al riparto di funzioni a titolo originario. L'ipotesi descritta disciplina, difatti, le modalità con cui il consiglio di amministrazione può delegare compiti, già appartenenti all'intero organo<sup>16</sup>.

Pertanto, la "connessione", che può sussistere tra la disposizione civilistica, di cui all'art. 2381 c.c., sulla ripartizione di compiti tra amministratori delegati e privi di delega, letta in combinato disposto con la disposizione di cui all'art. 2392 c.c., che sancisce la responsabilità solidale, a carico degli amministratori nelle società, qualora concretizzino determinate violazioni elencate dalla norma, non può assurgere a modello di riferimento della delega in materia penalistica, né può fondarne la relativa *ratio*.

Ha invece, interessanti implicazioni per quanto attiene il fondamento giuridico della posizione di garanzia originaria degli amministratori. In particolare, il comma 2 della disposizione, di cui all'art. 2392 c.c., prevede che in ogni caso gli amministratori siano solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano, per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Gli interpreti si sono interrogati su come la norma fondante la responsabilità contrattuale, in sede privatistica, degli amministratori privi di delega possa essere fonte dell'obbligo giuridico impeditivo nello schema dell'art. 40 cpv., ma esula dall'ambito di indagine della presente trattazione. Brevemente, si può, però, evidenziare

---

<sup>15</sup> Così come messo in luce in senso critico da C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 134 ss. Per un'analisi che pone a confronto la delega di funzioni con la delega di gestione si veda, F. FOGLIA MANZILLO, *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012, 65 ss.

<sup>16</sup> In tal senso T. VITARELLI, *Profili penale della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 15 condivide quanto sostenuto S. CANESTRARI, *La delega di funzioni e la responsabilità a titolo di concorso di persone nei reati tributari*, in P. CORSO, L. STORTONI (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. I reati in materia fiscale*, Torino, 1990, 133. che specifica che la tematica della delega di funzioni non attiene alla "concentrazione" delle posizioni di garanzia sugli amministratori delegati e sul comitato esecutivo, bensì sull'eventuale trasferimento delle responsabilità penali proprie dei soggetti qualificati in capo a collaboratori che non rivestono tale qualifica e peraltro sono incaricati di provvedere, con la necessaria dotazione di poteri a determinati adempimenti».

che attenta dottrina ha messo in luce come la sovrapposizione dei due ambiti di tutela possa essere interpretata alla luce del principio di “integrale valutazione giuridica del fatto”, che ammette il concorso tra norme disciplinanti il medesimo fatto, a patto che l’una non esaurisca la rilevanza giuridica dell’altra. In questo caso si farà ricorso alla fattispecie omissiva impropria, qualora i beni giuridici lesi siano di rilevanza tale da ricorrere alla sanzione penale, piuttosto che alla responsabilità civile, che tutela esclusivamente gli interessi patrimoniali della società<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 374 e condivisa da I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 168-169, 216 ss.

# CAPITOLO I

## LA COLLOCAZIONE DOGMATICA DELLA DELEGA DI FUNZIONI ALL'INTERNO DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO.

### SEZ. I - IL REATO OMISSIVO IMPROPRIO E LA POSIZIONE DI GARANZIA

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'autonomia dogmatica del reato omissivo "solidaristico". - 3. L'ambito di applicazione della clausola di equivalenza. - 4. L'obbligo di impedimento dell'evento: la teoria formale. - 4.1. La teoria sostanziale: la posizione di garanzia nel contesto della funzione della fattispecie omissiva impropria. - 4.2. La teoria mista e la sua concezione costituzionalmente orientata. - 4.2.1. Obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza. - 5. La fonte negoziale: obbligazioni contrattuali e obblighi di garanzia. - 5.1. L'invalidità del titolo contrattuale e la posizione di garanzia "assunta di fatto". - 6. Il nesso di causalità del reato commissivo mediante omissione (cenni). - 6.1. Sul grado di certezza del nesso eziologico della causalità omissiva, tra dogmi e questioni controverse.

#### **1. Premessa**

La materia della delega di funzioni ha trovato un fertile campo di espansione nell'ambito della tutela penale della sicurezza sul lavoro all'interno degli enti collettivi, ove si pone il problema di individuazione, non solo della responsabilità dei soggetti apicali, dotati di una determinata qualifica ma, altresì, dei collaboratori dell'imprenditore, non dotati di una determinata qualifica. Il contesto sistematico in cui la stessa si colloca sarà primariamente caratterizzato da fattispecie omissive improprie, che sanzionano il titolare di una posizione di garanzia, a cui si ascrive la responsabilità penale, per non avere impedito l'evento di reato, ai sensi dell'articolo 40, comma 2, c.p. Il titolare della posizione di garanzia, in questo contesto, è colui il quale è in grado di controllare le fonti di pericolo, ineliminabili in una realtà imprenditoriale complessa. Si osserverà come la legislazione penale in materia di sicurezza sul lavoro, nel tempo, abbia enucleato accanto alla figura del datore di lavoro ulteriori posizioni di garanzia; tutti questi garanti sono detti "originari", poiché nominati tali direttamente dal legislatore. Nel presente lavoro si studierà come si coordina il tema della delega di funzioni e delle posizioni di garanzia "derivate", rispetto ai garanti nominati *ex lege*.

L'altra cornice sistematica, entro cui si deve analizzare la delega di funzione, attiene alla titolarità da parte del delegante di una particolare qualifica, nell'ambito dell'istituto, dunque, del reato proprio. L'atto negoziale, con il quale il soggetto dotato di formale qualifica, il delegante, trasferisce la sua funzione ad un altro, il delegato, non dotato di questa particolare qualifica formale, è appunto il trasferimento di funzioni. Da qui il problema: si deve indagare su quali presupposti questa cessione possa essere considerata valida in materia penale e come possa essere penalmente responsabile il delegato, ai sensi di una fattispecie incriminatrice propria, per la quale il soggetto attivo deve essere dotato di una particolare qualifica, che non possiede ma di cui, invece, ha acquisito, tramite la delega, il potere di esercitare la relativa funzione.

Il problema è di non poco momento, poiché i principi costituzionali della materia penalistica possono entrare in conflitto con una simile estensione della punibilità; al contempo, le esigenze di divisione del lavoro e di decentramento dei compiti, all'interno delle realtà complesse sembrano parteggiare per l'indispensabilità di questo strumento.

## **2. *L'autonomia dogmatica del reato omissivo "solidaristico"***

Il reato omissivo improprio, disciplinato all'articolo 40, comma 2, c.p. sancisce che non impedire un evento, di cui si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo. La "clausola di equivalenza" è stata introdotta, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano con il Codice Rocco del 1930, influenzato dalla dottrina tedesca, la quale maggiormente ha contribuito all'elaborazione dogmatica del reato omissivo improprio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i primi a dare una sistemazione unitaria della responsabilità penale per omissione si ricorda Feuerbach, così come spiegato da. In epoca successiva si è affermata la cosiddetta "teoria dell'ingerenza", la quale negando l'autonoma rilevanza causale dell'omissione collega la causalità omissiva ad una precedente attività del reo, in relazione causale con l'evento, per la quale non impedire le conseguenze dannose di una precedente attività pericolosa, rende penalmente rilevante la condotta omissiva per l'evento che ne deriva. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 15. Un'ulteriore elaborazione teorica tedesca successiva è la "teoria dell'interferenza" che per prima perviene al concetto di "garante" come soggetto deputato ad impedire l'evento penalmente rilevante. Così K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd 2, 2 Aufl. 1914, 516 ss. Nella dottrina italiana sul punto G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 18. Si deve, invece, alla teoria di Beling il superamento della concezione, che ricercava l'equivalenza tra "cagionare" ed "omettere" sul piano della causalità, attraverso la "teoria del trifoglio", che fonda l'antigiuridicità dell'omissione sulla violazione di obblighi di attivarsi formali discendenti da tre fonti, la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, 224. Per gli sviluppi successivi, incentrati sull'equivalenza sul piano della tipicità tra agire ed omettere e sulla speciale posizione di dovere sottesa alla figura del garante, si vedano le teorie di

Nella codificazione precedente non era prevista la fattispecie omissiva impropria poiché si deve alla più recente volontà punitiva di reprimere la condotta omissiva piuttosto che la condotta attiva<sup>2</sup>. In primo luogo, poiché il mero *non facere*, connotato da una natura “impalpabile”, che non si estrinseca nel mondo esterno concretamente, come accade per la condotta attiva, necessitava di una capacità di astrazione le categorie teoriche dai dati dell’esperienza reale maggiore. In secondo luogo, poiché solo con il movimento di ispirazione “solidaristica”, che ha fatto strada nel Novecento, culminato poi nelle Carte Costituzionali, si è affermata la figura dell’omissione penalmente rilevante. Con lo Stato liberale i reati di omissione erano figure tipizzate eccezionali, difatti, la repressione penale era confacente solo se imponeva un divieto ma non una prestazione positiva. Con lo Stato sociale la concezione dei rapporti muta, verso la cura, altresì, degli interessi altrui, al punto che l’importanza delle fattispecie omissive viene ad essere equiparata a quella delle fattispecie commissive<sup>3</sup>.

Inizialmente, data la difficoltà di inquadrare la natura giuridica della condotta omissiva, si cercava di attribuire anche ad essa un sostrato naturalistico, proprio della condotta attiva, con la teoria dell’“*aliud agere*”<sup>4</sup>, secondo cui l’omissione diventa penalmente rilevante, poiché l’omittente ha “fatto qualcos’altro” rispetto a ciò che impone l’obbligo di agire. Questa impostazione era insostenibile, dato che la legge punisce semplicemente non il contegno alternativo ma la violazione dell’obbligo di agire ed è stata superata da una visione dell’omissione puramente “normativa”, per la quale la rilevanza penale della condotta è tale esclusivamente in virtù di una previsione di legge, che impone un dovere di agire<sup>5</sup>.

La fattispecie commissiva mediante omissione<sup>6</sup>, come è noto, viene integrata dal combinato disposto di alcune norme di parte speciale del codice penale, disciplinanti

---

F. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938, 53 ss.

<sup>2</sup> Tra i primi nella dottrina italiana ad approfondire la dogmatica dell’omissione, O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, *passim*; F. GRISPIGNI, *L’omissione nel diritto penale*, in *Riv. it.*, 1934, 592; M. SPASARI, *L’omissione nelle teorie della fattispecie penale*, Milano, 1957, *passim*; F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, 1963, 188 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, VII ed., Padova, 1969, 252 ss.

<sup>3</sup> In tal senso G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione.*, Torino, 2018, 215-216.

<sup>4</sup> Teoria tedesca di Luden, seguita in Italia, per esempio, dal Massari e dal Grispigni, per una sintesi sul punto si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2020, 129, nota 8.

<sup>5</sup> Si veda G. DE FRANCESCO, *Diritto penale.*, cit., 216-217.

<sup>6</sup> Altrimenti detto reato omissivo improprio, che si distingue dal reato omissivo proprio, per taluni secondo un criterio di tipo “materiale” per essere la prima una fattispecie criminosa di evento e non di mera condotta,

fattispecie commissive con la clausola di equivalenza, di cui all'art. 40 cpv. c.p. Ciò perché storicamente si è ritenuto che, in alcuni casi, una condotta omissiva, che cagioni lo stesso evento della corrispondente fattispecie commissiva, la eguagli a disvalore, nonostante non sia esplicitamente tipizzata dal legislatore. La dottrina tradizionale denominava il reato omissivo improprio con l'etichetta "reato commissivo mediante omissione", perché inizialmente non si riteneva la fattispecie nata dal combinato disposto delle norme richiamate una fattispecie autonoma, bensì una mera manifestazione dei reati commissivi, espressamente tipizzati dal legislatore<sup>7</sup>.

Questa impostazione è stata definitivamente superata, dato che con l'innesto della clausola di equivalenza di parte generale, con le fattispecie di parte speciale, si crea una nuova fattispecie autonoma, incentrata sul mancato impedimento dell'evento, in violazione di una norma di "comando"<sup>8</sup>.

### ***3. L'ambito di applicazione della clausola di equivalenza***

La creazione di autonome fattispecie omissive improprie determina un'estensione della punibilità, che, se fosse indifferenziata a tutte le fattispecie commissive, sarebbe contraria ai limiti legali della tutela penale, determinando un'ipertrofica duplicazione di reati<sup>9</sup>.

Parte della dottrina non ritiene applicabile la clausola di equivalenza alle fattispecie omissive proprie, nelle quali il legislatore ha già contemplato o via esclusiva la condotta omissiva o quando è affiancata ad una condotta attiva<sup>10</sup>.

---

così U. GIULIANI, *Il reato omissivo*, Napoli, 1961, 64-65. Secondo il criterio "formale" la fattispecie omissiva impropria si distinguerebbe dalla fattispecie omissiva propria, per la sua mancata tipizzazione dato che si integra tramite il combinato disposto della clausola di equivalenza con le fattispecie commissive. Per tutti si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 9. Secondo I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 10-11 ha, a nostro parere colto nel segno, mettendo in evidenza l'inutilità della diversificazione richiamata, dato che non coglie la reale distinzione tra una tipologia di fattispecie, quella impropria caratterizzata dalla presenza di un "garante" e quella propria realizzabile da soggetti non garanti.

<sup>7</sup> Così come messo in luce da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 11.

<sup>8</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, VIII ed., Bologna, 2019, 630.

<sup>9</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 632-633.

<sup>10</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 144 ss. Da non confondere con la diversa questione in cui il medesimo soggetto può essere, al contempo, sia destinatario di un obbligo di agire, rilevante nel reato omissivo proprio, sia titolare di una posizione di garanzia, rilevante ex art. 40, comma 2, c.p., in combinato disposto con un reato commissivo di parte speciale.



In taluni casi la stessa struttura della fattispecie contemplata non si presta ad essere convertita, *ex art. 40 cpv.*, come accade, per esempio, per i reati c.d. di mano propria, in cui è rilevante il contributo attivo di un determinato soggetto, tramite la sua persona (si pensi al delitto di incesto)<sup>11</sup>. Anche nei reati abituali o, comunque, per tutte le fattispecie, in cui una condotta è il risultato di una reiterazione di comportamenti attivi, non sarebbe integrabile la fattispecie nella forma omissiva, nonostante la giurisprudenza, talvolta la ammetta<sup>12</sup>. In ogni caso, la configurabilità mediante omissione è da escludere in tutti i casi, in cui l'evento deve essere cagionato da una condotta descritta "per linee interne", ossia tramite un'azione positiva, come per il reato di furto, per esempio. Tuttavia, sul punto non vi è concordia tra gli interpreti, difatti è stata riconosciuta la configurazione in chiave omissiva del reato di truffa, fattispecie a condotta vincolata, quando l'artificio o il raggirio, richiesti per la configurazione del reato, consistono nel silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da parte di chi abbia il dovere giuridico di informazione<sup>13</sup>.

Una volta tratteggiato l'ambito applicativo "in negativo", non rimane che delinearne l'ambito "in positivo", ossia a quali fattispecie la clausola, di cui all'art. 40 cpv. c.p., risulti essere applicabile. Attenta dottrina per operare questa categorizzazione ha posto l'attenzione sulla funzione delle fattispecie omissive improprie nel nostro ordinamento, nelle quali i "garanti" sono chiamati a rispondere del mancato impedimento di eventi lesivi, quando aggrediscono beni dotati di particolare rilevanza<sup>14</sup>.

Sicuramente si possono convertire i reati di evento, dato che la lettera della norma in parola descrive una condotta omissiva, in relazione causale con il mancato

---

<sup>11</sup> Per una posizione minoritaria che ritiene applicabile la clausola di equivalenza solo ai reati colposi si veda F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 629.

<sup>12</sup> È stata ammessa la configurazione in chiave omissiva, per esempio, del reato di maltrattamento in famiglia, *Cass. pen.*, Sez. VI, 16 gennaio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 2, 1506; in senso critico T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1998, 179 ss.; ID., *La problematica rilevanza penale dei maltrattamenti mediante omissione*, nota a *Cass.*, Sez. VI, 5 marzo 2012, in *Giust. pen.*, pt. II, 2013, 544 ss.

<sup>13</sup> In dottrina, G. MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, 76; in giurisprudenza *Cass. pen.*, Sez. II, 14 aprile 1978, in *Giust. pen.*, 1979, c. 231; più di recente *Cass. Sez. III*, 22 settembre 2016, n. 53102 così come riportato da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021, 260. Un autore che respinge questo orientamento si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 634.

<sup>14</sup> Per tutti si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 179 ss. dove esprime la concezione funzionalizzata del reato omissivo improprio ma estensibile alla responsabilità penale in generale, che, in un moderno Stato di diritto dovrebbe avere un margine di applicazione sussidiario, volta alla tutela dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti. Così anche F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 36-37.

impedimento di un evento naturalistico. Tra questi, non tutte le fattispecie, come si è potuto sottolineare sopra, ma le fattispecie causali pure possono essere convertite, ossia quelle dove sono indifferenti le modalità attraverso le quali avviene la causazione dell'evento. In particolare, date le peculiarità della fattispecie omissiva impropria, che pone un obbligo di attivazione e di impedimento a carico del titolare dello stesso, si applica a quelle fattispecie poste a tutela di beni giuridici personali, ossia ai reati di evento contro l'incolumità individuale e contro l'incolumità pubblica; si tratta, cioè, di fattispecie penali volte alla tutela dei beni della vita e dell'integrità fisica, sia nella loro accezione singola, sia collettiva<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda l'ammissibilità della conversione delle fattispecie causali pure, che tutelano beni giuridici patrimoniali è giustificabile in termini politico-criminali, quando serve ad impedire una grave lesione ad interessi patrimoniali, la cui tutela è strumentale a quella finale dell'economia collettiva, come accade per la responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci di società, per l'impedimento di reati societari<sup>16</sup>. Voci discordanti tra gli interpreti si registrano, invece, per quanto riguarda la conversione di reati, che tutelano interessi patrimoniali meno rilevanti, come accade per il reato di danneggiamento, per esempio; se si concepisce il reato omissivo improprio in una prospettiva funzionalistica, rivolta alla tutela di beni giuridici di un certo rilievo, la risposta non potrà che essere, invece, negativa<sup>17</sup>.

Per quanto attiene l'ambito di applicazione della partecipazione in chiave omissiva, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. nella fattispecie concorsuale eventuale, per non avere impedito il reato da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di impedirlo, se ne tratterà in modo approfondito quando si affronterà la discussa categoria delle posizioni di garanzia per omesso impedimento del reato altrui<sup>18</sup>.

#### ***4. L'obbligo di impedimento dell'evento: la teoria formale***

---

<sup>15</sup> Così, tra i tanti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 634.

<sup>16</sup> Si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 635.

<sup>17</sup> In senso favorevole all'ammissibilità, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 157 ss., in giurisprudenza Così, Cass. Sez. IV 21 giugno 1985, in *Giust. pen.*, 1986, 2, 1. Nel senso della non configurabilità si veda G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 50 ss.

<sup>18</sup> Cfr. *postea* Cap. I, Sez. II, par. 3.

La dottrina nel tempo ha cercato di ricostruire le coordinate ermeneutiche dell'obbligo giuridico impeditivo, perché non basta che il soggetto agente possa “materialmente” impedire l'evento ma deve anche essere titolare di un effettivo obbligo giuridico d'impedimento<sup>19</sup>.

Tuttavia, dall'enunciazione letterale della clausola di equivalenza, si può desumere unicamente la “giuridicità” dell'obbligo di impedimento (che esclude, di conseguenza, la rilevanza di eventuali obblighi appartenenti alla sfera morale dell'individuo)<sup>20</sup>, rimanendo compito dell'interprete delinearne le altre specificità.<sup>21</sup>

La prima teoria, che ha enucleato le fonti dell'obbligo giuridico, di cui all'art. 40, comma 2 c.p., è la c.d. teoria formale, anche nota come “teoria del trifoglio<sup>22</sup>”, influenzata dal pensiero giuridico liberale, secondo il quale primariamente un individuo dovrebbe rispettare obblighi di non aggressione dei beni giuridici altrui e non obblighi positivi di attivazione. Da ciò l'esigenza per cui l'obbligo giuridico impeditivo, data l'eccezionalità della fattispecie omissiva impropria, rispetto a quella commissiva, sia consacrato in fonti formali, quali la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa. Secondo questa corrente interpretativa si intende per legge quella di tutti i rami dell'ordinamento, anche di diritto penale; per alcuni interpreti possono essere equiparati alla legge un ordine legittimo dell'Autorità ed anche il provvedimento del giudice<sup>23</sup>. Si pensi agli obblighi di garanzia nascenti dal diritto di famiglia, per i quali, per esempio, la madre risponderebbe penalmente della morte del figlio appena nato se omettesse di nutrirlo.

Ulteriore fonte dell'obbligo di impedimento è il contratto, che «ha forza di legge tra le parti», ai sensi dell'art. 1372 c.c., ovvero il negozio giuridico in generale, che fonda la posizione di garanzia della *baby sitter*, per esempio, che si impegna contrattualmente a sorvegliare un bambino, in assenza dei genitori<sup>24</sup>. La terza categoria della “teoria del

---

<sup>19</sup> Così come messo in luce da F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 338.

<sup>20</sup> Si deve alla teoria formale sicuramente la necessaria epurazione dagli obblighi impeditivi dei doveri di fonte morale. Sul punto si veda questa risalente sentenza, che delimita gli obblighi di alimenti ai familiari più stretti poiché solo per quest'ultimi si può parlare di obbligo giuridico e non morale, Cass. Sez. I, 21 dicembre 1932, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 772; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 646; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005, 264.

<sup>21</sup> F. GIUNTA, *Le posizioni di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 620 e vedi anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VII ed., Torino, 2019, 216 ss.

<sup>22</sup> Per dottrina tradizionale nell'ambito della concezione formale degli obblighi di garanzia si intende la teoria c.d. “del trifoglio”; Cfr. *supra* Cap. I, Sez. I, par. 1.

<sup>23</sup> F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.* 1936, 136-137.

<sup>24</sup> F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 137.

trifoglio” è la “precedente attività pericolosa”, che fonda la rilevanza penale dell’omissione di colui che non si attiva per eliminare le conseguenze dannose di una propria precedente attività, che si “ingerisce” nella sfera dei terzi<sup>25</sup>. Questa categoria, derivante dalle teorie “dell’ingerenze” tedesche, non è stata accolta con favore dalla dottrina di maggioranza italiana per due ordini di ragioni: in primo luogo, poiché si rileva che, talvolta, queste condotte commissive vengano già sanzionate da fattispecie contravvenzionali, come accade nel caso del tipico esempio di scuola di chi apre delle buche in strada senza coprirle e senza porre avviso, punita all’art. 673 c.p., in secondo luogo, poiché il soggetto che ha realizzato la condotta pericolosa, come nell’esempio riportato, è penalmente responsabile di una serie causale positiva e non omissiva<sup>26</sup>.

Parte della dottrina<sup>27</sup> ha esteso l’ambito delle possibili fonti degli obblighi impeditivi alla consuetudine<sup>28</sup> e all’ “assunzione volontaria” della posizione di garanzia, al cui interno sarebbero ricomprese le ipotesi in cui un soggetto svolge “spontaneamente” compiti di protezione di certi beni, stante l’incapacità dei relativi titolari di provvedere da sé medesimi, come accade, per esempio, con la gestione di affari altrui.

Sebbene la teoria formale abbia il pregio di porre l’accento sull’origine legale dell’obbligo, ha trascurato il contenuto materiale dell’obbligo e la particolare funzione del reato omissivo improprio. Le principali critiche “in eccesso”<sup>29</sup> attengono all’incapacità di selezionare le fonti dell’obbligo giuridico, ricomprendendovi qualsiasi fonte legale, così rischiando di produrre un’eccessiva dilatazione della responsabilità

---

<sup>25</sup>Si rinvencono scarse applicazioni in giurisprudenza, si veda G.i.p. Trib. Teramo, 18 marzo 1996, con nota di G. EBNER, *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, in *Cass. pen.*, 1997, 2, 2247; tra i sostenitori in dottrina F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Padova, 1945, 65-66. La teoria dell’ingerenza della dottrina tedesca ha coniato questa categoria dogmatica, per l’incapacità di spiegare l’autonoma rilevanza causale dell’omissione, collegando la causalità “commissiva mediante omissione” ad una precedente attività del reo in relazione causale con l’evento: non impedire le conseguenze dannose di una precedente attività pericolosa renderebbe penalmente responsabili dell’evento lesivo che ne deriva.

<sup>26</sup> Per la dimostrazione della superfluità della categoria della precedente attività pericolosa, si vedano le riflessioni di G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., *passim*; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 277 ss.

<sup>27</sup>Tra questi, si vedano F. ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, cit. 138 e F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Padova, 1932, 373.

<sup>28</sup>*Contra* G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 282; L. VIOLANTE, *Considerazioni sull’art. 40 cpv. cp.*, in *Ind. pen.*, 1983, 730; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 161.

<sup>29</sup> Con una terminologia cara a F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia*, cit., 339 ss.

penale se si convertisse qualsiasi obbligo legale in obbligo penale, a prescindere da un'analisi della sua funzione<sup>30</sup>.

D'altro canto, in “difetto”, questa tesi, non riuscendo a fornire le coordinate per distinguere un obbligo impeditivo penalistico da un obbligo contrattuale, si potrebbe ritenere penalmente responsabile il soggetto agente, che ha stipulato un valido contratto ma non ha preso in carico il bene giuridico protetto; viceversa, si potrebbe ritenere esente da responsabilità chi ha stipulato un contratto invalido, anche se ha concretamente preso in carico il bene giuridico protetto e su cui il titolare ha fatto affidamento. Applicando le norme civilistiche, per esempio, una *baby-sitter* non sarebbe penalmente responsabile, pur avendo concretamente preso in carico il bambino affidato alla sua cura, perché la fonte legittimante il suo obbligo impeditivo, il contratto, non risulti essere valida<sup>31</sup>.

#### ***4.1. La teoria sostanziale: la posizione di garanzia nel contesto della funzione della fattispecie omissiva impropria***

La nuova teoria sostanziale, altrimenti nota come “contenutistico-funzionale”, ha l'indubbio pregio di comprendere l'esigenza di selezionare tra gli obblighi di garanzia, individuati da una fonte “formale”, quelli realmente impeditivi dell'evento di reato, la cui funzione legittimerebbe l'equiparazione tra azione ed omissione. Nel nostro ordinamento la nuova concezione sostanziale dell'obbligo impeditivo del reato omissivo improprio ha preso le mosse dalla dogmatica tedesca, a cui si deve, altresì, la terminologia “posizione di garanzia” (*Garantenstellung*)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Così messo in luce da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 193, che specifica che non sarebbe corretto far soggiacere l'ordinamento penale *tout court* alle esigenze proprie di altri rami dell'ordinamento; si veda anche M. PELISSERO, *I reati omissivi*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 230.

<sup>31</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 127, specifica che la responsabilità penale verrebbe erroneamente a coincidere con la responsabilità contrattuale, sovrapponendo il contenuto dell'obbligo impeditivo con il contenuto dell'obbligazione contrattuale; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., 339; M. PELISSERO, *I reati omissivi*, cit., 231. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 248 opera un'attenta distinzione all'interno della teoria formale pancivilistica, in merito all'invalidità del titolo contrattuale: quando vi è nullità del contratto, l'invalidità *ab origine* del titolo contrattuale travolgerebbe anche l'obbligo di impedire l'evento, salvo limitate eccezioni. Quando vi è annullabilità del contratto, poiché l'atto dal punto di vista privatistico conserva efficacia, quantomeno fino alla pronuncia di annullamento, si dovrebbe, comunque, configurare responsabilità penale dell'obbligato.

<sup>32</sup> Come messo in luce G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 79 ss.; il sovvertimento più profondo della teoria formale, che ha posto le basi per una nuova concezione degli obblighi di garanzia, sebbene influenzato da posizioni ideologiche di stampo nazionalista, si deve a F. SHAFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *Festschrift für W. Gleispach*, 1936, 74 ss.; sarà, invece, merito del contributo di A.

Secondo questa impostazione, con l'influenza di un diritto penale più di stampo solidaristico, il contenuto sostanziale della posizione di garanzia atterrebbe alla funzionalizzazione di un interesse, in particolare la libertà di autodeterminazione del soggetto agente, ad un altro interesse, che è rappresentato dalla tutela di un determinato bene giuridico. La regolamentazione, in concreto, del contenuto della posizione di garanzia potrebbe derivare da qualsiasi norma, a prescindere dalla fonte di origine, purché abbia riconoscibilità e seguito nei destinatari<sup>33</sup>.

In particolare, la posizione di garanzia in capo ad un soggetto, risulta concretizzarsi in un effettivo dominio, una "signoria", su determinati fattori causali dell'evento tipico. A questo criterio generale di imputazione dell'evento si ricondurrebbero tanto la realizzazione in forma attiva, tanto quella in forma omissiva dell'evento, così da giustificare l'equivalenza tra il cagionare ed il non impedire.<sup>34</sup>

L'obbligo giuridico impeditivo configura un effettivo obbligo di garanzia, che instaura una particolare "vincolo di tutela" con il bene giuridico, che necessita protezione, se è "speciale", ovverossia gravante solo su alcuni soggetti, e riguardante solo alcuni beni, non tutti i beni di tutti i consociati<sup>35</sup>. In caso contrario, contrasterebbe con il principio di determinatezza ed il garante, sarebbe gravato di un obbligo impeditivo di eventi lesivi inesigibile in concreto<sup>36</sup>.

Il garante, inoltre, come ha osservato correttamente questa tesi, deve essere titolare di poteri di sorveglianza ma anche realmente impeditivi dell'evento lesivo e non meri obblighi di attivarsi, i quali non sono preesistenti alla situazione tipica ma sorgono nel momento stesso in cui si concretizza il presupposto di fatto. Si pensi al soccorritore occasionale, che non è un garante, per non incorrere in responsabilità penale per omissione di soccorso, ai sensi dell'art. 593 c.p., presta aiuto a chi è in pericolo, pur non

---

KAUFMAN, *Methodische Problemeder Gleichstellungdes Unterlassensmitder Begehung*, in *JuS*, 1961 un'esposizione della teoria funzionale in senso più evoluto. Sul punto si veda anche G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 16.

<sup>33</sup>Tra i primi tentativi di ricerca di uno statuto sostanziale della posizione di garanzia, in senso alla dottrina italiana, si ricorda quello di F. SGUBBI, *La responsabilità penale*, cit., 192 ss.

<sup>34</sup>Per un più completo approfondimento della teoria funzionalista si veda G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 166 ss.

<sup>35</sup>G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133 ss.; in giurisprudenza si veda Cass., sez. III, 22 settembre 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 152.

<sup>36</sup>In giurisprudenza, Cass. Sez. III, 19 ottobre 2004, in *Riv. Pen.*, 154 «Secondo il principio di tassatività, come sostiene un'autorevole dottrina, la fonte legale (ma anche contrattuale) dell'obbligo di garanzia deve essere sufficientemente determinata, nel senso che deve imporre obblighi specifici di tutela del bene protetto.»

essendo dotato di specifici poteri di impedimento<sup>37</sup>. Non si richiede che l'agente abbia poteri direttamente impeditivi dell'evento lesivo ma sono sufficienti poteri di natura sollecitatoria, da lui esigibili, in modo da far intervenire chi dispone del potere impeditivo<sup>38</sup>.

Anche la teoria "contenutistico-funzionale" non è stata esente da critiche: il concetto di "signoria" risulta essere troppo generico e slegato da una base legale, pertanto, inadatto a fondare uno specifico obbligo giuridico penalmente rilevante, rispettoso dei principi di legalità e di colpevolezza. Non sembra, soprattutto, che possa parlarsi di "signoria" per le posizioni di garanzia, a cui l'ordinamento giuridico chiede di attivarsi, per impedire un evento, che risultano essere del tutto estranee ai processi causali da loro signoreggiati<sup>39</sup>.

Se da una parte è innegabile, che questa impostazione abbia messo in luce la dimensione solidaristica dell'intervento penale in questo settore e soprattutto abbia evidenziato la corrispondenza tra obblighi di impedimento e poteri, dall'altra, tuttavia, non ha tenuto in dovuto conto l'istanza di legalità data dall'indeterminatezza, che sconta il reato omissivo improprio<sup>40</sup>. Inoltre, la distinzione tra obblighi di attivarsi e obblighi di garanzia della tesi funzionalistica poggia su criteri spesso non chiari e, altresì, non distingue i poteri impeditivi, di cui all'art. 40, comma 2 c.p., dai meri obblighi di sorveglianza<sup>41</sup>.

#### ***4.2. La teoria mista e la sua concezione costituzionalmente orientata***

La concezione "mista" degli obblighi di garanzia del reato omissivo improprio è attualmente quella prevalente in dottrina e fonde gli aspetti di maggior rilievo della teoria

---

<sup>37</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 164-165.

<sup>38</sup> Come messo in luce da Cass., sez. IV, 12 marzo 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 82.

<sup>39</sup> Per una critica, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 240-241. Si pensi all'esempio del bambino, che non sa nuotare e cade in una piscina: la posizione del padre, del bagnino e di uno spettatore estraneo non si differenziano sul piano della signoria sul decorso causale dell'evento, ma solo su alcune di queste posizioni l'ordinamento riconosce la posizione di garante.

<sup>40</sup> Così, in senso critico, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., 624; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 240; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi*, cit., 340.

<sup>41</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 20 ss. le persistenti incertezze tra obblighi di attivarsi e obblighi di garanzia per l'Aurice si manifestano nella mai sopita disputa sul tipo di responsabilità configurante in capo degli appartenenti alle forze dell'ordine e la non nitida distinzione tra obblighi di sorveglianza e di garanzia si riflettono nella disputa circa la responsabilità tra amministratori e sindaci ed altresì in materia di delega di funzioni. Sul punto anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 158.

formale e di quella funzionale. La prima ha avuto il pregio di sottolineare la necessità di una base normativa dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, la seconda ha messo in rilievo la funzione di salvaguardia del garante nei confronti dei beni giuridici, non adeguatamente protetti dal loro titolare<sup>42</sup>.

Questa tesi, altrimenti detta formale-sostanziale o eclettica, seleziona gli obblighi impeditivi attraverso, dunque, un duplice "filtro", rappresentato dalla necessaria previsione del garante originario nella fonte formale, la legge penale o extra penale, il contratto, o la *negotiorum gestio* e i presupposti della teoria funzionale, afferenti alla specificità e alla precostituzione della posizione di garante.

Se non fosse, come è stato acutamente osservato, che «sebbene fondata nelle sue premesse, la presente concezione rischia, talora, di cumulare gli inconvenienti delle tesi precedenti anziché superarli, allorché i criteri formale e funzionale vengano impiegati non in una reciproca integrazione, ma alternativamente»<sup>43</sup>.

Difatti, è condivisibile, a nostro avviso, l'impostazione più avanzata della teoria eclettica, che utilizza in modo "integrato" le due teorie ed individua in capo al garante gli effettivi poteri impeditivi, che lo rendono soggetto attivo del reato proprio di omesso impedimento dell'evento lesivo<sup>44</sup>.

L'obbligo di garanzia, secondo questa impostazione, data la carenza di determinatezza della formulazione normativa e le inadeguatezze delle teorie sopra menzionate, deve essere ricostruito alla luce dei principi penalistici della Costituzione, quali il principio solidaristico, di offensività, di colpevolezza e di legalità.<sup>45</sup>

Il principio di legalità, di cui all'art. 25 Cost., fornirebbe un referente formale alle fonti dell'obbligo impeditivo, il quale deve essere sempre "giuridico" (non morale) e determinato.<sup>46</sup>

Il principio solidaristico, ex art. 2 Cost., legittima la previsione non solo di norme di "divieto", ma anche di "comando", al fine di riequilibrare la situazione di inferiorità

---

<sup>42</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 242 ss.;

<sup>43</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 192

<sup>44</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 193.

<sup>45</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 39. A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, in M. RONCO, *Il reato* (diretto da), II ed., Bologna, 2011, 298 ss.

<sup>46</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*. cit., 163.



dei titolari, totalmente o parzialmente incapaci di proteggere i loro beni, tramite la costituzione in capo ad altri di posizioni di garanzia<sup>47</sup>.

L'obbligo di impedire l'evento deve essere specifico, in capo, dunque, a determinate categorie predeterminate di soggetti e rivolto alla tutela solo di alcuni determinati beni, come si può ricavare dall'art. 13 Cost., che disciplina il diritto alla libertà personale e i relativi limiti<sup>48</sup>.

Un ulteriore filtro all'obbligo di garanzia è imposto dall'art. 27 Cost., dal principio di responsabilità penale personale; ne consegue che gli obblighi di garanzia devono essere connotati dalla compresenza di doveri e di speculari poteri di vigilanza sulla situazione di pericolo e di intervento su di essa, che si differenziano sia dai meri obblighi di attivarsi, sia dagli obblighi di sorveglianza. Il garante, inoltre, deve essere nella condizione materiale di porre l'azione impeditiva idonea, altrimenti si richiederebbe una condotta inesigibile. Quando l'azione impeditiva risulta "libera", quando la fonte dell'obbligo non descrive l'azione impeditiva, allora si dovrà indagare se l'impossibilità di agire sia realmente assoluta o relativa, cioè limitata ad alcune condotte impeditive<sup>49</sup>.

Posto che il collegamento creato dalla fattispecie incriminatrice, tra evento non impedito e condotta omissiva, è una *fictio iuris*, priva di qualsiasi fondamento reale, questa dottrina si è domandata se il reato omissivo improprio fosse compatibile con il principio di offensività. Al quesito è stata data risposta positiva, in ragione del fatto che il reato omissivo improprio tutela, in modo rafforzato taluni beni, i cui titolari sono incapaci di proteggerli autonomamente<sup>50</sup>.

#### **4.2.1. Obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza**

Soprattutto, il pregio di questa impostazione è stato quello di differenziare gli obblighi di garanzia dai meri obblighi di sorveglianza.

Spesso i confini tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza non sono ben definiti, date le caratteristiche apparentemente simili, poiché entrambi gravano su

---

<sup>47</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 39.

<sup>48</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., 341; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 163 che distingue, come si esporrà nel proseguimento della trattazione, in base alla particolarità del rapporto, le posizioni di controllo e le posizioni di protezione; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 47.

<sup>49</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., 342.

<sup>50</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 46-47.

specifiche categorie di soggetti, depositari di poteri-doveri giuridici, precostituiti, di controllo su altrui attività e di iniziativa, in caso di violazione di legge penale<sup>51</sup>.

Il sorvegliante è titolare di poteri di mera vigilanza ed informazione sulla situazione di pericolo, indirettamente finalizzati alla tutela del bene, ma di fatto è solo in grado di agevolare l'impedimento dell'evento e non di impedirlo realmente, poiché i veri depositari dei poteri di intervento impeditivi sono il titolare del bene o il garante; questi ultimi possono essere informati della situazione di pericolo da parte del sorvegliante<sup>52</sup>. L'inosservanza di tale obbligo non comporta una responsabilità omissiva del sorvegliante perché, non essendo titolare di poteri giuridici impeditivi, si configurerebbe una responsabilità per fatto altrui. Non può, tantomeno, rispondere di concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto, su cui esercita la sorveglianza, *ex art. 40, comma 2 e 110 c.p.* poiché il presupposto affinché possa essere configurato concorso mediante omissione nel reato commissivo è l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al concorrente, che abbia, cioè, l'obbligo giuridico di impedire la realizzazione del reato da parte di terzi<sup>53</sup>.

Risponderà, invece, di concorso il titolare dell'obbligo di sorveglianza, qualora ricorra la figura del "rafforzamento del proposito criminoso", tramite la rinuncia ad esercitare l'azione di sorveglianza sull'attività illecita, al fine di agevolarla e non in quanto l'omissione possa essere ritenuta un valido contributo materiale alla realizzazione del reato. L'omittente risponderà penalmente, difatti, ai sensi degli artt. 110 e 115 c.p. e non ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. Ovviamente, non va escluso il concorso nel reato, qualora il titolare degli obblighi suddetti ponga in essere una condotta attiva, diversa e ulteriore rispetto alla mera inosservanza dell'obbligo<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 153.

<sup>52</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 58; similmente F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 164 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V. ed., Milano, 2020, 279; per un'ulteriore analisi sul punto si veda A. ROSSI, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in *Studi in onore di M. Romano*, III, Napoli, 2011, p. 2111 ss.

<sup>53</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., 343. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1367 sostiene che quando venga in questione una posizione di garanzia si tratta di «specifici poteri giuridici di impedimento-comando nei confronti del reo», poteri che pongono il garante «in grado di interferire direttamente (e lecitamente) con l'intera condotta di reato posta in essere dal secondo».

<sup>54</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 154-155 e 382.

La violazione di un obbligo di sorveglianza di per sé è penalmente irrilevante, assume rilievo esclusivamente nei casi isolati, in cui è espressamente punita dalla legge, per esempio come accade all'art. 328 c.p. per l'omissione di atti d'ufficio. Una parte della dottrina, ha messo, difatti, in rilievo l'"iniquità del sistema", che sanziona l'obbligo di garanzia alla stregua della sua corrispondente fattispecie commissiva ma nulla prevede per la violazione dell'obbligo di sorveglianza<sup>55</sup>.

Questa teoria che ricostruisce l'obbligo di garanzia alla luce di principi costituzionali, differenziandolo dai meri obblighi di attivarsi e di sorveglianza, ha delle implicazioni, altresì, sulla concezione del relativo sistema delle fonti. Ne consegue che la fonte legale dell'obbligo di impedimento deve essere circoscritta a quella legale extrapenale, escludendo sia la fonte sub legislativa, idonea esclusivamente a subentrare in via integrativa della fattispecie incriminatrici, sia la legge penale. Si osserva che quest'ultima interviene solo in funzione sanzionatoria di obblighi di garanzia già previsti da fonti extrapenali e non fornirebbe i sottostanti poteri giuridici di impedimento, che solo una compiuta disciplina extrapenale potrebbe prevedere<sup>56</sup>.

Si analizzeranno nel proseguimento della trattazione i corollari di questa teoria sul contenuto della fonte negoziale dell'obbligo giuridico impeditivo, di cui all'art. 40 cpv. c.p., per le rilevanti implicazioni in materia di delega di funzioni.

##### **5. La fonte negoziale: obbligazioni contrattuali e obblighi di garanzia**

Ai fini del presente lavoro, è necessario un approfondimento sulla fonte contrattuale degli obblighi di garanzia, o meglio sulla fonte negoziale, in accezione meno restrittiva, perché può essere fonte di un obbligo impeditivo in ambito penale anche un accordo, che non perfeziona gli elementi costitutivi tipici del contratto, di cui all'art. 1325 c.c.<sup>57</sup>.

Secondo la concezione formale la legittimazione della fonte negoziale come obbligo di garanzia è da ricercare nelle norme di diritto privato, che prevedono l'obbligo di adempimento dell'obbligazione contrattuale. La teoria funzionalistica, invece, non ha

---

<sup>55</sup> Per la necessità di una disposizione generale, che regolamenti la penale rilevanza della violazione dell'obbligo di sorveglianza si veda I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 155-156; altri autori, invece, propendono per la previsione di singole fattispecie autonome come A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni: nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 382 ss.

<sup>56</sup>F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità*, cit., 344.

<sup>57</sup> D'ora in avanti per comodità concettuale quando si nominerà il contratto si intenderà in senso atecnico.

visto con favore il negozio giuridico come fonte degli obblighi impeditivi, in primo luogo, per non assoggettare le funzioni tipiche del diritto penale ad esigenze proprie di altri rami dell'ordinamento; in secondo luogo, perché questi obblighi negoziali potrebbero essere non sufficientemente determinati, perché lasciati all'autonomia privata delle parti ed infine per l'incapacità di conciliare il problema dei rapporti tra i requisiti formali civilistici di validità del titolo e la concreta presa in carico del bene da parte del garante, requisito della posizione di garanzia<sup>58</sup>.

Secondo l'impostazione attualmente maggioritaria, quella "mista"<sup>59</sup> riconosce pacificamente il fondamento giuridico-formale della fonte contrattuale nella disposizione, di cui all'art. 1372 c.c., che conferisce al contratto «forza di legge», ma non per questo afferma l'automatica configurabilità di obblighi di garanzia, recependo formalisticamente istituti, principi ed esigenze del diritto privato. La rilevanza penale dell'inadempimento dell'obbligo contrattuale è data dal fatto che l'offesa non deve esaurirsi in sede civile, bensì concretizzarsi in ambito penalistico. Questo avviene soltanto quando la violazione non è inadempimento di un'obbligazione a contenuto esclusivamente contrattuale, ma ha un *quid pluris*, in ragione del rango del bene tutelato, che ne giustifica una tutela rafforzata<sup>60</sup>.

Inoltre, ulteriori requisiti, di tipo funzionale, implementano la necessaria base legale della fonte contrattuale, ovvero occorre che al garante, venga concretamente affidato un determinato bene, affinché si determini un effettivo rapporto di tutela tra quest'ultimo e il titolare del bene stesso<sup>61</sup> ed il contratto deve essere stipulato con il titolare del bene

---

<sup>58</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit. 223-224.

<sup>59</sup> Si vedano per tutti, G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 262-263; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 231.

<sup>60</sup> Quando si tratta, cioè, di beni personali quali la vita e l'incolumità personale con esclusione, secondo alcuni, di quelli patrimoniali come sostiene G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 50; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 236 che ha osservato che «in caso di obblighi *ex lege*, la valutazione dell'incapacità del titolare del "bisogno di tutela rafforzata" del bene è operata dallo stesso legislatore, in attuazione del principio di solidarietà.», mentre «in caso di obblighi di garanzia creati *ex novo* dal contratto, invece, si consentirebbe al privato di operare la valutazione relativa al bisogno di tutela rafforzata dei propri beni, rilevante, non solo nei rapporti tra soggetti privati, ma nei confronti dell'intero ordinamento giuridico e, in particolare, del diritto penale.». In senso difforme di G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 169, che non esclude in modo aprioristico la possibilità di tutela in forma omissiva di beni patrimoniali in ragione della loro importanza.

<sup>61</sup> Si richiama l'esempio di scuola della babysitter, che non si presenta all'ora stabilita, così i genitori decidono di uscire e lasciare, comunque, da solo il bambino. In tal caso, non sussiste la responsabilità penale della *baby-sitter* se il bambino subisse eventuali eventi lesivi, perché non c'è mai stato un concreto affidamento del bene da proteggere e di conseguenza la babysitter non avrebbe assunto la posizione di garante e la condotta configurata è una violazione di un obbligo contrattuale. Opinioni in parte differenti non sostengono la centralità del concreto affidamento del bene da tutelare al garante, bensì l'assunzione

da proteggere o con un precedente garante, per tutelare interessi diretti e non riflessi o accessori<sup>62</sup>.

In linea astratta si possono ipotizzare due modi di concepire la posizione di garanzia, che ha fonte nel negozio giuridico, sia a titolo originario quando per esempio si stipula un accordo con una guardia del corpo per vigilare sulla propria incolumità, sia a titolo derivato quando il contratto trasferisce obblighi *ex lege* come nel caso della delega di funzioni.

### **5.1. L'invalidità del titolo contrattuale e la posizione di garanzia "assunta di fatto"**

Esistono diverse accezioni di posizioni di garanzia acquisite per "assunzione volontaria". In senso proprio consiste in un atto unilaterale, con cui il garante assume quella determinata funzione, la seconda è l'assunzione volontaria consensuale, tramite atto bilaterale, che si può concludere o con il garante a titolo originario, o direttamente con il titolare del bene, o con un terzo estraneo al rapporto di garanzia ed infine in base ad un titolo, privo dei requisiti privatistici di validità. L'accorpamento delle tre varianti è in linea con quell'impostazione teorica, che ritiene essenziale per la configurazione di un obbligo di garanzia la concreta presa in carico, da parte del garante, del bene giuridico da tutelare, che avverrebbe in tutte le ipotesi sovra enunciate<sup>63</sup>.

Il principio costituzionale di legalità formale impone di circoscrivere l'ipotizzata configurabilità dell'assunzione spontanea degli obblighi di garanzia alla "gestione d'affari altrui", disciplinata all'art. 2028 c.c. Ci si chiede se i presupposti richiesti in ambito civilistico possano rendere le obbligazioni gestorie, assunte da un soggetto spontaneamente, ad oggetto, compiti di protezione di certi interessi o di controllo di fonti di pericolo, obblighi di garanzia<sup>64</sup>. Tale quesito, per il vero, investe un problema di portata

---

fattuale dell'obbligo di tutela. Così in tal senso G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 183 ss.

<sup>62</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 186 ss. Nello stesso senso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 264-265.

<sup>63</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 297-298.

<sup>64</sup> I requisiti della "gestione d'affari altrui" sono: l'utile inizio della gestione inteso come "fatto giuridico volontario" a cui la legge riconnette determinati effetti, l'alienità dell'affare rispetto alla sfera giuridica del gestore, la spontaneità dell'intervento e l'incapacità materiale del *dominus* di provvedere da sé ai propri interessi.

più generale, che riguarda tutti gli obblighi di fonte extrapenale, su come possano gli stessi avere rilevanza penale, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.

Secondo una dottrina un criterio utilizzabile potrebbe essere quello dell'“aumento del rischio” per il bene da proteggere, determinato dall'intervento del garante, che, con la sua attivazione indurrebbe il titolare del bene ad affrontare un pericolo, che altrimenti non avrebbe corso, ovvero impedisce l'attivarsi di “istanze di protezione alternative”. Si può pensare all'alpinista, che grazie alla presenza della guida, decide di avventurarsi in una difficile scalata, o alla madre che non provvede ad allattare il bambino, confidando nell'intervento di una vicina che si è spontaneamente impegnata ad allattarlo in sua vece. Se in concreto non ci fosse stato un aumento del rischio per il bene da proteggere verrebbe meno, dunque, la responsabilità penale, per inesistenza della posizione di garanzia<sup>65</sup>.

Altra parte della dottrina nega *tout court* la configurabilità della conversione dell'obbligo di attivarsi extrapenale dell'obbligazione gestoria in obbligo di garanzia, poiché il rapporto tra le due sarebbe di completa incompatibilità. Colui che agisce spontaneamente per rimuovere la situazione di pericolo, per il bene tutelato, è un terzo estraneo, non è come il garante che è obbligato ad intervenire in virtù di un preesistente rapporto giuridico di tutela con il bene. L'obbligazione gestoria, inoltre, nasce nel momento in cui la situazione di pericolo per il bene è già in atto, mentre l'obbligo di garanzia deve essere preesistente per consentire al garante di esercitare i suoi poteri giuridici di vigilanza e intervento. Il gestore è sprovvisto di poteri di vigilanza, ha solo poteri di intervento assegnati dal diritto civile per portare a termine la gestione dell'affare; il garante, a differenza, è munito anche di poteri di vigilanza, i quali compongono l'insieme di poteri, che giustificano l'equiparazione tra azione causale e omesso impedimento dell'evento<sup>66</sup>.

Come enunciato in precedenza, un ulteriore ambito in cui si parla di assunzione volontaria della posizione di garante attiene ai rapporti tra requisiti di validità civilistici della fonte negoziale e l'esistenza di una posizione di garanzia in ambito penalistico.

La tesi più risalente è quella formale-pancivilistica, che demanda automaticamente la soluzione del problema alle regole di validità del titolo contrattuale di diritto privato,

---

<sup>65</sup> In questo senso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 274-276.

<sup>66</sup> A sfavore del criterio dell'“aumento del rischio” si veda I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 332- 333. Per questa autrice le tesi sostanzialistiche, prescindendo dal fondamento giuridico-formale dell'obbligo di garanzia, finiscono per ricercarlo in un comportamento positivo dello stesso agente, rivelando il loro retaggio storico delle teorie causalistiche tedesche dell'*Ingerenz*.

subordinando la rilevanza penalistica dell'obbligo di impedire l'evento ai requisiti di efficacia privatistica del contratto. Di conseguenza, la radicale inefficacia del contratto, affetto da nullità, inciderebbe sull'impossibilità di configurare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, mentre la temporanea efficacia del contratto annullabile, fino alla pronuncia di annullamento permetterebbe di ascrivere al garante la penale responsabilità.

La tesi va a ricercare discutibilmente il fondamento dell'obbligo impeditivo solo nella disciplina civilistica, negando, senza ulteriori indagini, la rilevanza *tout court* dell'obbligo di garanzia nascente dal contratto nullo<sup>67</sup>.

In ambito societario e giuslavoristico si era nel contempo affermata la teoria della legittimazione del garante "di fatto", ispirata dall'elaborazione dogmatica del "funzionario di fatto", ovvero sia la c.d. "concezione oggettiva" di pubblico ufficiale, che sarebbe riconosciuto come tale, pur non dotato di formale investitura, per l'esercizio obiettivo della sua pubblica funzione<sup>68</sup>. Pertanto, secondo questa impostazione, una volta che un fatto integra gli elementi costitutivi di una fattispecie di reato, sulla base dell'assetto normativo vigente all'epoca della commissione, la responsabilità penale rimarrebbe soggetta unicamente alle vicende estintive dello stesso ordinamento penale<sup>69</sup>. Questa teoria testimonia la volontà di superare i riflessi civilistici in termini di validità o invalidità del negozio giuridico e di affermare l'esistenza della posizione di garanzia "assunta di fatto", sulla base, da una parte, della concreta presa in carico del bene da parte del garante e dall'altra, sulla base delle norme positive, che disciplinano la *negotiorum gestio* (art. 2028 ss. c.c.). Pertanto, il contratto annullabile, temporaneamente efficace,

---

<sup>67</sup> Come acutamente osservato da I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 249-250, che ha messo in luce che questa concezione parte dall'errato presupposto dell'integrale adattabilità al diritto penale delle categorie civilistiche. Contrariamente, si può desumere, per esempio, dall'annullabilità del contratto concluso con un incapace, che in ambito penale, pur essendo temporaneamente efficace in sede civile, non potrebbe far sorgere responsabilità penale al garante derivato, a cui sono stati trasferiti degli obblighi di protezione da parte del garante originario consapevole dello stato di incapacità dello stesso. Parimenti il contratto di compravendita nullo, senza la determinazione del prezzo, di una cosa pericolosa, può fondare una responsabilità penale per danni derivanti da cose in custodia, a carico del garante che ha l'obbligo di controllo della fonte di pericolo, ai sensi dell'art. 2051 c.c.

<sup>68</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1977, 6.

<sup>69</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 271.

rimarrebbe idoneo a fondare l'obbligo impeditivo in sede penale ed anche quello nullo, sulla base della concreta presa in carico del bene<sup>70</sup>.

La dottrina più avanzata analizza in altri termini ancora il contratto affetto da nullità, se possa essere fondante o meno una posizione di garanzia in sede penale perché, talvolta, un tale vizio radicale del negozio escluderebbe il bisogno di tutela del titolare, non potendo essere compatibile con la concreta presa in carico del bene da parte del garante, ovvero non potrebbe determinare il permanere dell'obbligo in capo allo stesso a titolo originario. Ciò, però, non si verifica quando altre norme privatistiche, diverse da quelle regolatrici la validità del contratto, potrebbero subentrare e fondare, comunque, in capo al soggetto l'obbligo di garanzia. Per comprendere un simile assunto bisogna distinguere tra obblighi di controllo su fonti di pericolo e obblighi di protezione; con riferimento ai primi, in base alla legge, per la configurabilità del rapporto di custodia con la *res*, il problema di nullità del contratto non si pone, perché, con il passaggio materiale della cosa, sorgerebbe, comunque, l'obbligo di garanzia a carico del detentore. Per quanto riguarda gli obblighi di protezione, se un soggetto ha assunto di fatto compiti di custodia su beni personali sulla base di un contratto nullo, anche se non è configurabile un obbligo di garanzia, egli sarebbe responsabile penalmente, comunque, *ex art. 593 c.p.*; a suo carico sorgerebbe un obbligo di soccorso, che non differisce per contenuto da quello impeditivo dell'evento lesivo ma soltanto dal lato del soggetto attivo, ovverossia per la mancanza della titolarità di una posizione di garanzia<sup>71</sup>.

## **6. Il nesso di causalità del reato commissivo mediante omissione (cenni)**

La condotta omissiva è penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., se collegata "causalmente" all'evento naturalistico, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, ovverossia laddove risulti che l'evento sia conseguenza della condotta omessa.

---

<sup>70</sup> Si tratta degli esponenti della teoria mista, che giustificano la legittimità della posizione di garanzia, come detto all'inizio del paragrafo, sulla base della concreta presa in carico del bene e delle norme civilistiche sulla gestione di affari altrui e alcuni, altresì, con la teoria dell'aumento del rischio.

<sup>71</sup> In tal senso I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 264-265; in giurisprudenza si veda la recente sentenza del discusso caso di cronaca "Vannini", che consolida quel filone giurisprudenziale che fonda la posizione di garanzia sull'assunzione di fatto del garante, che determina o accentua l'esposizione al rischio o impedisca l'attivarsi di alternative istanze di protezione del soggetto agente, Cass., Sez. V, 19 luglio 2021 (ud. 3 maggio 2021), n. 2790, in *Giur. pen. (web)*, 24 ss.



Il nesso eziologico nelle fattispecie incriminatrici d'azione è una "connessione" tra due accadimenti reali del mondo esterno, il comportamento attivo dell'uomo e l'evento. Nei reati omissivi impropri si tratta di stabilire il nesso di causa tra un accadimento del mondo reale ed un "non fare", per questa ragione la dottrina si è a lungo interrogata se la causalità omissiva possa o meno essere costruita sulle medesime basi teoriche di quella commissiva.

Come è noto l'equiparazione tra cagionare ed omettere è operata dalla legge, difatti, la causalità nell'omissione è di tipo normativo – e non naturalistico – perché è la legge che considera equivalente alla condotta attiva quella di omesso impedimento dell'evento da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di impedirlo<sup>72</sup>.

Esauriti i tentativi di attribuire la medesima rilevanza causale all'omissione<sup>73</sup> la dottrina attualmente maggioritaria definisce la struttura del nesso di causalità, nel reato omissivo improprio, diversa da quella del reato commissivo, poiché non afferente alla realtà fisica ma di tipo normativo, come spiegato, e "doppiamente ipotetico"<sup>74</sup>. Si tratta, difatti, di stabilire in primo luogo, quale azione doverosa il titolare della posizione di garanzia avrebbe dovuto tenere e poi chiedersi se l'azione doverosa omessa sarebbe stata realmente impeditiva di quell'evento lesivo *hic et nunc*, ovvero se si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> La tesi della diversità strutturale tra causalità commissiva e causalità omissiva si può definire ormai dominante, G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss., in cui l'Autore specifica che la causalità reale nell'ambito del reato omissivo improprio si riferisce al processo effettivo che sfocia nell'evento lesivo non impedito; in un secondo momento, per imputare giuridicamente l'equivalente causale omissivo al garante, si deve supporre mentalmente, tramite un giudizio ipotetico, per realizzata al condotta doverosa omessa e se questa avrebbe condotto ad un interruzione del decorso causale naturalistico, che ha causato l'evento che si è realizzato. Si veda anche G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 78 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 385 ss.; M. ROMANO, *Sub art. 40 c.p.*, in *Commentario sistematico*, I, II ed., Milano, 2011, 375 ss.; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 986; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 241 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 257 ss.; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, 39 ss.; P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, 433 ss.

<sup>73</sup> Per la tesi "realistica" si veda l'importante contributo F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1249 ss.; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 158 ss. In senso parzialmente adesivo C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 836; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 78 ss.;

<sup>74</sup> M. PELISSERO, *Rapporto di causalità*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 263.

<sup>75</sup> Sulla questione del comportamento doveroso che ha funzione di ritardare l'evento lesivo si veda per tutti, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 398 ss.; l'Autore affronta un noto caso risalente di una bambina affetta da *betalassemia maior*, che morì a causa del rifiuto da parte dei genitori di sottoporla a terapia emotrasfusionale, per motivi religiosi; pertanto, i genitori furono condannati per omicidio doloso,

Per effettuare questo tipo di giudizio prognostico il giudice non potrà basarsi sulle sue personali conoscenze ma, come per la causalità commissiva, si tratterà di applicare il modello condizionalistico e la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura. Nel caso della causalità omissiva, tuttavia, il procedimento sarà non di eliminazione mentale ma di aggiunta mentale, al fine di verificare se quella determinata condotta omessa avrebbe impedito l'evento, che si è concretizzato. Per fare questo, non sempre si conosce la legge, che descrive una regolarità nella successione di eventi di un certo tipo collegati ad un insieme di antecedenti; per questo, non basta la teoria della *condicio sine qua non*, per accertare il nesso eziologico, sia nei reati commissivi, sia nei reati omissivi impropri ma bisogna verificare che quel dato antecedente rientri nella serie di antecedenti ai quali, secondo una legge scientifica di copertura, consegue una categoria di eventi, del tipo di quello verificatosi<sup>76</sup>.

Nella spiegazione del nesso di causa, il giudice può utilizzare le leggi scientifiche di copertura universali, che affermano che ad un fattore segue nel cento per cento dei casi un certo evento ma anche le leggi scientifiche probabilistiche<sup>77</sup>, che consentono di collegare causalmente un evento ad un antecedente soltanto in una certa percentuale di casi. La giurisprudenza ammette anche il ricorso alle massime di esperienza, che stabiliscono una connessione tra avvenimenti «secondo attendibili risultati di generalizzazioni del senso comune»<sup>78</sup>.

---

perché con la loro condotta omissiva non avrebbero dato il consenso ad una terapia medica, che avrebbe sicuramente ritardato l'evento morte, così come si è verificato.

<sup>76</sup>G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 388-389. Così come è stato acutamente osservato in dottrina «Se si deve accertare un nesso di condizionamento tra l'omissione del medico del pronto soccorso che non ha praticato l'iniezione antitetanica e la morte di un ferito provocata da infezione tetanica, occorre prima verificare se esiste una legge biologica la quale asserisce che l'inoculazione del siero, a certe dosi, rende generalmente inattivo il focolaio infettivo» G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 638. Si veda anche A. CRESPI, *Omessa applicazione di trattamento sanitario e responsabilità per l'evento dannoso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 803.

<sup>77</sup> Come ha messo in luce attenta dottrina, la struttura della spiegazione causale non è deduttiva ma necessariamente probabilistica, considerando che interi settori della scienza sono connotati da leggi statistiche ed inoltre il giudice non sarebbe in grado di conoscere tutte le leggi della spiegazione logico deduttiva, non essendo in grado di spiegare l'intero meccanismo causale e neanche di escludere con assoluta certezza la pertinenza di processi esplicativi diversi da quello scelto per la spiegazione causale. Ciò vale *a fortiori* per la spiegazione causale nei reati omissivi, che ha carattere prognostico e per definizione esula ogni certezza assoluta. Così G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 397, che ha ripreso le teorie di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, *passim*.

<sup>78</sup> M. PELISSERO, *Rapporto di causalità*, cit., 262.

### ***6.1. Sul grado di certezza del nesso eziologico della causalità omissiva, tra dogmi e questioni controverse***

Il reato omissivo improprio è stato il “banco di prova” privilegiato della lunga evoluzione dogmatica, riguardante il grado di certezza necessario, affinché una legge probabilistica possa essere utilizzata come legge di copertura nell'accertamento del nesso eziologico; questo perché la dottrina si è a lungo domandata se nei reati commissivi mediante omissione, data la diversità ontologica della condotta rispetto a quella attiva, potessero essere utilizzate anche leggi scientifiche dotate di una bassa percentuale di probabilità.

Negli anni Novanta, in seno alla IV Sezione della Corte di Cassazione, era sorto un contrasto interpretativo in quei particolari settori ove le leggi scientifiche di copertura dotate di percentuali statistiche certe e molto elevate sono di difficile reperimento, tra i quali, *in primis*, l'attività sanitaria. Ha iniziato a consolidarsi un orientamento, che sosteneva che l'omissione potesse considerarsi “causa” dell'evento quando l'azione doverosa omessa abbia avuto “serie ed apprezzabili probabilità di successo” – cioè di impedimento dell'evento –, talora indicate in misura inferiore al 50%<sup>79</sup>.

L'orientamento antecedente, più rigoroso, richiedeva la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo, con un elevato grado di probabilità “prossimo alla certezza” e cioè in una percentuale di casi “quasi prossima a cento”<sup>80</sup>.

Parte della dottrina, in seguito, ha fortemente criticato l'orientamento meno rigorista sovra enunciato, poiché darebbe ingresso alla c.d. teoria dell'“aumento del rischio”, che trasforma un illecito di evento in un illecito di condotta rischiosa, poiché il disvalore del reato non sarebbe imperniato sulla causazione dell'evento ma sul disvalore

---

<sup>79</sup> Tra le pronunce che esprimono questo orientamento, che sostiene che dalla costruzione in termini ipotetici e normativi della causalità dell'omissione, consegua la sufficienza di un grado di attendibilità minore della legge scientifica di copertura. Così Cass., Sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1986, 2, c. 351; Cass., Sez. IV, 5 maggio 1987 in *Foro it.*; Cass. Sez. IV, 12 luglio 1991, in *Giuri. It.*, 1992, II, 414. Nella sentenza di Cass., sez. IV, 12 maggio 1989, in *Riv. Pen.*, 1990, 119 «quando è in gioco la vita umana, anche limitate probabilità di successo di un immediato intervento chirurgico sono sufficienti a configurare la necessità di operare».

<sup>80</sup> Si veda per tutti F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, *passim*.

della condotta, che avrebbe aumentato o diminuito il rischio di lesione del bene giuridico tutelato<sup>81</sup>.

In una fase successiva si è consolidato un indirizzo rigorista in giurisprudenza, che ha accolto le critiche della dottrina ed ha voluto recuperare il fondamento condizionalistico della causalità. Queste pronunce hanno richiesto, ai fini della verifica del nesso di causalità omissiva, lo stesso grado di probabilità della causalità attiva, con coefficienti probabilistici vicino a 100, con riferimento non soltanto alla probabilità statistica della legge scientifica di copertura ma, altresì, all'elevato grado di credibilità razionale che la spiegazione causale doveva possedere<sup>82</sup>.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 10 luglio 2002 con la nota sentenza “Franzese”, sempre in un caso di responsabilità medica per condotta colposa omissiva (in particolare si trattava di un caso di omessa diagnosi e conseguente morte del paziente) ha posto i principi cardine, che hanno composto il contrasto interpretativo, in merito all'accertamento del nesso eziologico e sul grado di certezza delle leggi scientifiche applicabili<sup>83</sup>.

Le Sezioni Unite rifiutano la c.d. “teoria dell'aumento del rischio”, che vanifica l'elemento costitutivo del nesso causale; riaffermano la validità del modello condizionalistico e ribadiscono la necessità di un rigoroso accertamento del nesso di causalità, secondo la teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura (universali, statistiche e massime di esperienza), anche nel caso di reato omissivo di

---

<sup>81</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 410; in una pronuncia esplicitamente è stata seguita la teoria “dell'aumento del rischio” per l'accertamento della causalità omissiva, Pret. di Caltanissetta 27 ottobre 1995, in *Foro It.*, 1997, II, c. 418.

<sup>82</sup> Si sta facendo riferimento alle tre pronunce “Battisti”, dal nome del giudice estensore, Cass., sez. IV, 28 settembre 2000, che specifica che «Sotto il profilo dell'accertamento, il procedimento utilizzato per stabilire se l'omissione è condizione necessaria non è diverso, ma identico, nella sua struttura, a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell'azione, ossia il giudice, avvalendosi del modello di sussunzione sotto leggi statistiche – ove non disponga di leggi universali – dice che è probabile che l'agente costituisce, *coeteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento. Una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento e deve sfociare in un giudizio sul nesso di condizionamento di alta probabilità logica o di elevata credibilità razionale, dove alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo della certezza»; Cass., sez. IV, 29 settembre 2000; Cass. sez. IV, 29 novembre 2000 con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277 ss. La pronuncia “apripista” fino al consolidamento di questo orientamento è quella sul disastro di Stava Cass. Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, IV, 40 ss.

<sup>83</sup> Cass. S.U., 10 luglio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2002, 1132. La pronuncia che aveva “aperto la strada” alle considerazioni poi, in parte, riprese dalla sentenza “Franzese” è la pronuncia “Orlando”, Cass. Sez. IV, 23 gennaio 2002, in *Riv. Pen.*, 2002, 671, che ha introdotto il concetto di probabilità statistica differenziata dalla probabilità logica.

evento, nonostante il nesso eziologico non sia reale, bensì ipotetico. Il nesso causale può essere, dunque, ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva, con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”.

Precisa, però, la Suprema Corte la differenza tra probabilità statistica e probabilità logica; la seconda afferente alla certezza “processuale” richiesta in giudizio, non coincidente con il coefficiente di probabilità, espresso dalla legge statistica, da cui non è consentito dedurre automaticamente l'esistenza del nesso di causa. Il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, in base alle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile e deve escludere che l'evento, per come si è verificato, possa essere spiegato attraverso decorsi causali alternativi<sup>84</sup>.

Pertanto, anche coefficienti medio-bassi di probabilità statistica, se corroborati da un positivo riscontro sul piano probatorio, che esclude altri fattori interagenti in via alternativa, possono essere utilizzati per il nesso di condizionamento; viceversa, anche dove ci si trovi in presenza di livelli elevati di probabilità statistica, l'accertamento del nesso causale non può prescindere da una verifica, in sede giudiziale, dell'effettivo valore eziologico nel caso concreto<sup>85</sup>.

Nonostante l'importanza dell'approdo ermeneutico, a cui è giunta la Cassazione nel 2002, talune problematiche riguardanti, soprattutto nella forma omissiva, non sono state ancora del tutto definite<sup>86</sup>. In questa sede non è possibile analizzarle con la dovuta esaustività, tuttavia, si ricorda la difficoltà nell'escludere, nel particolare settore della

---

<sup>84</sup> F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 3, 2013, 382.

<sup>85</sup> Paradigmatico il passaggio della motivazione al §8: « - In definitiva, con il termine “alta o elevata credibilità razionale” dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente - e proporzionalmente - dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.» Cass. S.U., 10 luglio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 1140.

<sup>86</sup> Talvolta si è riscontrata un'adesione solo formale al *decisum* della sentenza “Franzese”, dove, per il vero, mancava l'effettiva verifica dell'alta credibilità della spiegazione eziologica nel caso concreto. Per un esempio, si veda Cass. Sez. IV, 25 novembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 2126.

responsabilità medica, il decorso di fattori causali alternativi, nei casi delle c.d. patologie multifattoriali, in cui l'antecedente causale può essere stato una concausa dell'evento e dove va verificata la congiunta operatività di ciascuno, escludendo che l'intervento di uno esoneri l'efficacia eziologica dell'altro; ancora più difficoltoso sarà l'accertamento nei casi in cui non si ha una legge statistica con elevati coefficienti probabilistici, perché non è del tutto chiaro alla scienza ancora la patogenesi di una determinata malattia. In tale eventualità si è fatto uso, talvolta, della scienza epidemiologica, che misura le risultanze in termini percentuali nella popolazione esposta a determinati fattori di rischio rispetto alla popolazione non esposta<sup>87</sup>.

Parte della dottrina dubita che la percentuale di insorgenza della malattia nella popolazione, che vive a contatto con la fonte di rischio possa dimostrare il nesso eziologico nello specifico caso concreto, anche perché l'evidenza epidemiologica, essendo una rilevazione statistica non falsificabile, non sarebbe una valida legge scientifica di copertura<sup>88</sup>.

Un ulteriore ambito problematico attiene all'uso delle massime di esperienza, che amplificherebbero la discrezionalità del giudice, facendo entrare nel processo le scienze sociali, che fornirebbero una spiegazione del nesso eziologico individualizzante e non generalizzante<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Sulle criticità dell'utilizzo del metodo bifasico "Franzese" si veda F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, I, 1083; L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 493 ss.

C. PIERGALLINI, *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova in un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 619-620; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva"*, cit., 1679 ss.; R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1265 e ss.

<sup>88</sup> A favore, si veda per tutti L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*, Milano, 2007, *passim*; ID., *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 4415 ss. In senso parzialmente difforme S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, 266. *Contra*, Tra i tanti, O. DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 4, 2008, 2183; A. MANNA, *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, 3636; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, 212 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale: dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 82 ss. che ritiene inutilizzabili le leggi epidemiologiche, perché, a differenza delle leggi statistiche utilizzabili dal giudice penale, si applicano in ipotesi «in cui non è stato possibile individuare tutte le cause possibili»; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 486 ss.; A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 414 ss.; A. PROVERA, *"L'epidemiologia è importante ma non basta" per l'accertamento del nesso causale. Considerazione a margine di una sentenza del GUP di Rovereto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 593 ss.

<sup>89</sup> In senso critico, M. PELISSERO, *Rapporto di causalità*, cit., 274.

Quanto fino ad ora enunciato mette in luce come la causalità omissiva, soprattutto nei particolari ambiti in cui domina l'incertezza scientifica, data la sua ontologica differenza rispetto alla causalità commissiva, sia di difficile inquadramento nel modello elaborato dal seppur pregevole sforzo di mediare tra opposti orientamenti della Cassazione Francese. Non sono mancate in dottrina delle proposte, che prendono atto della natura probabilistica della causalità dell'omissione e che si affidano ad approcci inquadrabili nella moderna "teoria del rischio", attraverso imputazioni di reati di pericolo presunto di pura condotta, evitando le difficoltà probatorie tipiche dei reati di evento. Un'altra strada percorribile potrebbe essere quella di rinunciare alla repressione in sede penale, potenziando gli strumenti di tutela nell'ambito della responsabilità civile, che si accontentano di una regola probatoria del nesso di causa differente del "più probabile che non"<sup>90</sup>.

## **SEZ. II – LE POSIZIONI DI CONTROLLO E IL POTERE IMPEDITIVO DEL FATTO ILLECITO**

Sommario: 1. La posizione di garanzia di protezione (cenni). - 2. Le posizioni di controllo: la fonte di pericolo "statica" e la fonte di pericolo "dinamica". - 3. Gli incerti confini dell'obbligo di impedimento del reato altrui. - 3.1. Sull'estensione del concorso omissivo nel reato commissivo. Obbligo di sorveglianza, obbligo di attivarsi e contributo agevolatore.

### ***1. La posizione di garanzia di protezione (cenni)***

La dottrina, in base al contenuto e alla funzione della posizione di garanzia, classifica le posizioni di garanzia in posizioni di protezione, di controllo e nella dibattuta posizione di garanzia di impedimento del fatto di reato di terzi<sup>91</sup>.

La posizione di protezione è connotata dal particolare legame giuridico tra il garante e il titolare dei beni da proteggere, in virtù del quale, al primo è affidato un compito di tutela di tali beni, data l'incapacità totale o parziale del secondo di proteggerli<sup>92</sup>. Una

---

<sup>90</sup> R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 249 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 962 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2009, 1709 ss.

<sup>91</sup> Tra i tanti si vedano, A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 274; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019, 169.

<sup>92</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 295.

cospicua casistica interessa il diritto di famiglia, basti pensare agli artt. 30 Cost. e 147 del c.c., che fondano la posizione di garanzia dei genitori nei confronti dei figli; l'obbligo di impedimento di eventi lesivi causati sia da fatti naturali, sia dall'aggressione da parte di un terzo, sicuramente riguarda la tutela dei beni della vita, dell'integrità fisica e psichica del figlio da parte del genitore<sup>93</sup>. Discussa, invece, è la possibilità di configurare una posizione di garanzia a tutela della libertà sessuale del figlio, per la commissione da parte di terzi di reati sessuali, agli artt. 609 bis c.p. e seguenti; in ogni caso la problematica attiene al più ampio tema dei limiti all'integrazione del concorso omissivo nel reato, ai sensi degli artt. 110 e 40 cpv. c.p., che si analizzeranno in seguito<sup>94</sup>. È altrettanto controversa l'estensione della posizione di garanzia a tutela dei beni di natura patrimoniale del figlio, come, del resto, è discusso in generale l'utilizzo del reato omissivo improprio a tutela degli stessi, quando non sono di particolare rilevanza<sup>95</sup>. Sempre nascenti dal diritto di famiglia, si annoverano le posizioni di protezione del tutore nei confronti del minore e dell'interdetto, ai sensi dell'art. 357 c.c., quella dei coniugi nei rapporti reciproci, tenuti ad un obbligo di reciproca assistenza materiale e morale, ai sensi dell'art. 143 c.c.<sup>96</sup> ed altresì, con divergenza di opinioni, quella del figlio nei confronti dei genitori.

Di recente la legge 20 maggio 2016, n. 76, disciplinanti le unioni civili tra persone dello stesso sesso, ha sancito un obbligo di reciproca assistenza morale e materiale e un

---

<sup>93</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 652.

<sup>94</sup> A favore della tutela della libertà sessuale si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 298; M. ROMANO, *Sub art. 40 c.p.*, cit., 386; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 96; A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, cit., 321. In senso contrario si veda G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 180. In giurisprudenza si veda Cass. Sez. III, 20 maggio 1963, in *Riv. pen.* 1963, 2, 741. In senso contrario si vedano Cass. Sez. III, 19 ottobre 1987, in *Cass. pen.*, 1989, 39; Cass. Sez. III, 15 aprile 1940 in *Giust. Pen.*, 472; Cass. Sez. III, 14 dicembre 2007, in *Cass. Pen.*, 2008, III, 3230.

<sup>95</sup> Chi sostiene l'inesistenza di una posizione di protezione dei genitori nei confronti dei figli per la tutela dei beni patrimoniali, fonda l'argomentazione sull'art. 649 c.p., la scusante che prevede la non punibilità per i reati contro il patrimonio se commessi in danno di un prossimo congiunto, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 300; con argomentazioni differenti ma a sfavore dell'ammissibilità G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 178. La tesi contraria sostiene che il fondamento dei poteri del garante sarebbe da individuare nell'art. 320 c.c., che sancisce che «I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nati in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni». In senso contrario I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 88-89; M. ROMANO, *Sub art. 40 c.p.*, cit., 386.

<sup>96</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 174-175; in senso parzialmente difforme G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 302. In giurisprudenza Cass. Sez. IV, 8 ottobre 2003, in *Foro. it.*, II, 2004, 424; Cass. Sez. IV, 22 ottobre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 2173, che sostiene che la lontananza fisica dei coniugi farebbe venire meno le reciproche posizioni di garanzia.



obbligo di coabitazione tra le parti dell'unione, all'art. 1, comma 11, che, secondo parte della dottrina, sarebbe idoneo a fondare una reciproca posizione di garanzia<sup>97</sup>

Un altro ambito in cui si tratta di posizione di garanzia di protezione è quello sanitario, ove, generalmente, si accentua la base sostanziale dell'obbligo di garanzia dell'esercente la professione sanitaria<sup>98</sup>. Pur riconoscendo il fondamento costituzionale negli artt. 2 e 32 Cost., la posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, viene individuata indipendentemente dal rapporto giuridico, che lega lo stesso alla struttura dove lavora, bensì nell'effettivo esercizio dell'attività svolta, sin dal primo contatto con il paziente, che comporta l'insorgenza di obblighi connessi a quel rapporto terapeutico.<sup>99</sup>

## ***2. Le posizioni di controllo: la fonte di pericolo “statica” e la fonte di pericolo “dinamica”***

Sulle posizioni di controllo occorre soffermarci maggiormente nell'ambito di un'analisi inerente alla delega di funzioni nelle organizzazioni complesse. Secondo l'opinione maggioritaria quest'ultime sono caratterizzate dall'esistenza in capo al garante di una situazione di dominio su un oggetto materiale o sullo svolgimento di un'attività, da cui derivano pericoli per terzi estranei, che, a loro volta, sono in una situazione di impossibilità di proteggere autonomamente i beni giuridici minacciati, senza ingerirsi nella “sfera di signoria” sulla fonte del garante. Ne consegue che l'ordinamento configura in capo al titolare della posizione di garanzia un dovere di salvaguardia di quegli interessi,

---

<sup>97</sup> In tal senso M. PELISSERO, *Reati omissivi*, cit., 237.

<sup>98</sup> Cass. Sez. IV, 22 maggio 2007, in *Guida dir.* n 43, 2007, 74. In senso affine con argomentazioni differenti si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 297-298.

<sup>99</sup> R. BLAIOTTA, *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2005, 3599 evidenza che tra gli interpreti, per il vero, si sono consolidati due orientamenti: un primo orientamento vede il sorgere della responsabilità penale del sanitario dal semplice instaurarsi della relazione terapeutica, mentre il secondo orientamento specifica che la relazione terapeutica deve presupporre che la prestazione, non eseguita o eseguita erroneamente, sia specificamente dovuta e soggettivamente possibile. In giurisprudenza si veda Cass., sez. IV, 2 marzo 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 1030, ove si è ritenuta irrilevante l'assenza di un contratto di lavoro tra un medico “esterno” alla clinica, dove era stata operata una donna. Nello stesso senso Cass., sez. IV, 1° dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 2154; da ultimo, Cass., Sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316, in *Guida dir.*, 2020, 50, 103, ove viene ribadito che «in tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto».

che potrebbero essere lesi dalla fonte di pericolo, e i corrispondenti poteri di vigilanza e direzione sulla cosa o sull'attività pericolose<sup>100</sup>.

Si differenziano dalle posizioni di protezione, che si occupano della tutela dei beni giuridici da qualsiasi tipo di lesione, perché, in questo caso, il garante ha la sorveglianza di una determinata fonte e di tutti i beni messi in pericolo da essa<sup>101</sup>. L'ordinamento, con la previsione di apposite norme costituisce garanti specifici soggetti, a seconda dei casi, muniti di un'investitura privata o pubblica, in ragione del particolare rapporto con la fonte e in grado di intervenire tempestivamente, per scongiurare eventi lesivi, escludendo chiunque altro dalla possibilità di adottare le necessarie misure di protezione<sup>102</sup>.

In questa categoria vi rientra, proprio, la posizione di garanzia del datore di lavoro, che sarà oggetto di specifico approfondimento, nonché dei soggetti da lui delegati di tutelare l'incolumità e la personalità morale del lavoratore, in alcuni casi, anche l'incolumità pubblica; si fonda, in prima battuta, su una fonte legale, l'art. 2087 c.c., che affida i lavoratori alla protezione del datore di lavoro nell'espletamento dei loro compiti, nonché alla specifica normativa di settore. Oltre al datore di lavoro, come si vedrà, la legge stabilisce che gli si affianchino ulteriori garanti, quali il dirigente e il preposto, per esempio, dotati di specifici poteri ad essi demandati dalla normativa antinfortunistica<sup>103</sup>.

Parte della dottrina suddivide ulteriormente questa tipologia di posizioni di garanzia in due sottosistemi, il primo ricomprende situazioni riconducibili all'esercizio di un potere su cose pericolose (carattere statico), il secondo situazioni riconducibili allo svolgimento di un'attività pericolosa (carattere dinamico)<sup>104</sup>.

Le posizioni di controllo, che ritraggono situazioni "statiche di signoria" sono, per esempio, quella del proprietario di un cane, che ha l'obbligo di dotare l'animale di museruola e guinzaglio e di controllarlo adeguatamente, al fine di impedire che esso aggredisca un'altra persona; il proprietario di un fondo, che ha l'obbligo di sorvegliare le

---

<sup>100</sup> Tra i tanti, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 320-321; A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, cit., 337; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi*, cit., 352; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 96 ss.

<sup>101</sup> M. ROMANO, *Sub. art. 40 c.p.*, cit., 386; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 323.

<sup>102</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 652; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 321.

<sup>103</sup> I. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, cit., 338; per un'analisi approfondita si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 419 ss.; M. PELISSERO, *Reati omissivi*, cit., 237-238. Si veda, per tutte, la sentenza di Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343 sul caso "Thyssenkrupp" per una definizione della posizione di garanzia del datore di lavoro come "gestore del rischio", in *Cass. pen.*, 2015, 2, 426 ss.

<sup>104</sup> Così, tra i tanti, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni: l'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 110.

fonti di pericolo ivi presenti e di predisporre le necessarie misure, affinché esse non cagionino danni a terzi; il proprietario di un'arma da sparo ha l'obbligo di custodirla in sicurezza; il gestore di impianti sportivi deve assicurare l'idonea organizzazione delle attività, a tutela dell'incolumità fisica degli utenti. Il direttore responsabile delle attrezzature sportive e ricreative di un oratorio, ovvero il preside di una scuola rispondono, rispettivamente, in qualità di custodi e titolari di posizioni di controllo sulle strutture scolastiche; ancora, il proprietario o il gestore di una strada ha l'obbligo di eliminare la fonte di pericolo sulla pubblica via o di apprestare apposita segnalazione, nel momento in cui la strada possa costituire un'insidia inevitabile all'utente, con l'uso della normale diligenza<sup>105</sup>.

Il secondo gruppo di posizioni di controllo comprende tutte le situazioni riconducibili all'esercizio di un'attività pericolosa in sé e non in cui, come nella precedente categoria, il potere del garante si esercita su "cose pericolose". Si considerano appartenenti a questa sottocategoria coloro che sono responsabili civilmente, ai sensi dell'art. 2050 c.c., per il danno provocato nell'esercizio di un'attività pericolosa, se non provano di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Vi rientrano, altresì, anche le posizioni di garanzia derivanti dalle disposizioni della normativa antinfortunistica<sup>106</sup>.

Secondo parte della dottrina, tali obblighi giuridici, in questo ambito, sarebbero degli obblighi di diligenza<sup>107</sup>, di adozione di misure cautelari connessi ad attività pericolose, quindi non sarebbero dei veri e propri obblighi di garanzia ma dei meri obblighi di attivarsi<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> M. PELISSERO, *Reati omissivi*, cit., 237; per la posizione di garanzia del proprietario di un cane si veda Cass. Sez. IV, 5 luglio 2006, in *Foro. it.*, 2007, 2, 22; del proprietario di un fondo si veda Cass. Sez. IV, 22 ottobre, in *Riv. pen.*, 2003, 312; del proprietario dell'arma da sparo si veda Cass. Sez., IV, 23 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 104; del direttore responsabile si veda Cass. Sez. IV, 1° dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2002, 1929; del preside di una scuola si veda Trib. Pisa, 27 luglio 1990, in *Foro. it.*, 1991, 2, 162; nella più recente giurisprudenza si veda Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2019 (dep. 5 maggio 2019), n. 18333, in *Dejure* sulla posizione di garanzia del gestore degli impianti sciistici; per un'interessante disamina delle posizioni di garanzia all'interno dell'istituto scolastico si veda Cass., Sez. IV, 04 aprile 2019, (dep. 12 settembre 2019), n. 37766, in *Dejure*.

<sup>106</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 332-333.

<sup>107</sup> La posizione che sostiene una completa coincidenza tra obbligo di garanzia e di diligenza è stata sostenuta da F. SGUBBI, *La responsabilità penale*, cit., 175 ss.

<sup>108</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 116 per un'efficace specificazione della differenza tra regola cautelare e dovere di diligenza, che «esprimerebbe in termini generali e astratti l'obbligatorietà di un certo comportamento, che poi sarebbe specificato in concreto dalla regola cautelare. Il dovere di diligenza andrebbe ricondotto al più generale principio dell'*alterum non laedere*, che troverebbe le sue fonti negli artt. 2043 c.c. e 2050 c.c., mentre la

L'obbligo di controllo, secondo quanto ha rilevato questa impostazione, presenterebbe delle divergenze, rispetto alla definizione, che la dottrina dà di obbligo di garanzia, perché consisterebbe nel rapporto tra il garante e la fonte di pericolo e non tra il garante e il bene giuridico; inoltre, il garante titolare potrebbe dovere attivarsi, non solo per una condotta di un terzo estraneo o per evento causato da forze naturali esterne ma, altresì, per un'azione causata da lui stesso. Si manifesterebbe, per di più, in senso "preventivo", ossia prima della lesione del bene giuridico (es. predisposizioni da parte del datore di lavoro di cautele antinfortunistiche) e quindi, una volta concretizzata la lesione, sul garante non graverebbe "l'obbligo di soccorso", che è, invece, tipico della posizione garanzia, che interviene quando il bene è già messo in pericolo. Per tutte queste ragioni, quando si tratta di obblighi di controllo su attività pericolose, secondo questa impostazione, si tratterebbe di una responsabilità di tipo attivo e non di tipo omissivo<sup>109</sup>.

In questi contesti, dunque, il confine tra condotta attiva, in cui sia individuabile un'azione pericolosa, nonostante la presenza di un connesso obbligo di diligenza *ex lege* previsto e condotta omissiva, in cui il soggetto agente non abbia posto alcuna attività, ma abbia omissso l'impedimento dell'evento verificatosi, non sarebbe netta. La responsabilità sarebbe «più di tipo attivo» perché il soggetto, con la propria attività, darebbe origine ad una vera fonte di pericolo (es. autorizzazione alla utilizzazione del macchinario difettoso), in relazione alla quale assumerebbe una posizione più assimilabile a quella di colui, che ha attivamente prodotto l'evento e non di garante, che una volta concretizzatosi il pericolo, ha l'obbligo in ogni momento di evitare che si attui il danno (es. si pensi all'infermiere che per errore somministri una dose potenzialmente letale del medicinale ha l'obbligo di intervenire, per evitare la morte del paziente).

L'equivoco di fondo va ricercato nella possibile sovrapposizione tra la regola cautelare violata nella responsabilità colposa omissiva e il dovere di impedimento non rispettato dal garante, che ha condotto parte degli interpreti a contemplare in questa categoria obblighi giuridici non realmente impeditivi; viene, ovverosia, in rilievo la nota difficoltà nel delineare la linea di confine tra il carattere omissivo della condotta e il c.d.

---

regola cautelare ne rappresenterebbe il necessario completamento, specificando il contenuto della pretesa comportamentale»; si veda anche F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 197.

<sup>109</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 99.

“momento omissivo della colpa”<sup>110</sup>, con conseguente tendenza a trasformare le fattispecie colpose in illeciti omissivi, sul presupposto che nella violazione della regola di diligenza sarebbe assorbita la *culpa in omittendo*<sup>111</sup>. I due profili sono da tenere “distinti logicamente e funzionalmente” : «la posizione di garanzia indica il dovere agire e il bene nei cui confronti l’azione deve svolgere la propria funzione di tutela; il dovere di diligenza (come specificato dalla regola prudenziale che lo completa) indica le modalità del comportamento imposto dalla posizione di garanzia»<sup>112</sup>.

Questa sovrapposizione era, peraltro, alla base di una teoria già richiamata dell’*“Ingerenz”*, disattesa dalla dottrina e la giurisprudenza italiana, che assegnava rilevanza all’omissione dolosa successiva ad una precedente azione colposa del soggetto stesso, ormai esaurita e che otteneva quella coincidenza temporale tra causalità (omissiva) e colpevolezza <sup>113</sup>. In questa categoria, in sostanza, si sarebbero nel tempo raggruppate situazioni diverse, connotate da obblighi di garanzia veri e propri, incidenti su una situazione di pericolo in atto, meri obblighi di sicurezza preventivi e obblighi di salvataggio, successivi all’azione positiva, già esaurita, che creano una nuova situazione non compresa negli obblighi di sicurezza, obblighi nascenti da una norma giuridica quale, per esempio, gli obblighi di manutenzione dell’edificio pericolante, *ex art. 2053 c.c.* e obblighi nascenti da situazione di mero fatto<sup>114</sup>.

Per fare chiarezza e per ricercare un criterio che possa selezionare propriamente le posizioni di garanzia in tale ambito, si condivide la distinzione tra realizzazione di un’attività pericolosa e attività pericolosa in svolgimento. Nella prima ipotesi l’attività pericolosa ben potrebbe rappresentare una condizione positiva del ciclo causale e non un *non facere* penalmente rilevante; mentre, nella seconda ipotesi, i processi casuali ben potrebbero prescindere dall’azione del garante ma proprio dalla sua non azione.

Per esemplificare, proprio gli obblighi di sicurezza, quali l’obbligo del datore di lavoro di predisporre le misure antinfortunistiche a tutela dei lavoratori, rivolti ai titolari

---

<sup>110</sup> A. MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 150. Sulla distinzione tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa, per tutti si vedano, F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 ss.; C. PIERGALLINI, *Natura commissiva od omissiva della responsabilità e relative conseguenze*, in *Danno e resp.*, 2009, 1111 e ss.

<sup>111</sup> In senso critico, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 637.

<sup>112</sup> Si vedano le chiare affermazioni di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., Padova, 1993, 96 ss.

<sup>113</sup> Si veda, per tutti, la critica alla teoria dell’*Ingerenz* e alla precedente attività pericolosa come fonte della posizione di garanzia, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 288 ss.

<sup>114</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 110 ss.

di un potere di signoria su cose pericolose o a coloro che esercitano attività pericolose, costituiscono da un lato misure cautelari, che trovano la loro fonte nella disciplina extrapenalistica, idonee a configurare fattispecie penali, in funzione di tutela preventiva per la violazione delle richiamate norme, dall'altro configurano anche veri e propri obblighi di garanzia impeditivi dell'evento lesivo<sup>115</sup>.

Ferma la distinzione tra i piani della tipicità e della colpevolezza, non ci sarebbe totale incompatibilità, dunque, tra obblighi di controllo su un'attività pericolosa e posizioni di garanzia, perché negli illeciti omissivi colposi il comportamento del garante è descritto da regole di diligenza (in particolare dell'attività esercitata), sempre che il garante non abbia tenuto una condotta positiva non adeguata al livello tecnologicamente esigibile con conseguente configurazione di una responsabilità attiva<sup>116</sup>.

Un'ulteriore questione controversa inerente alla posizione di garanzia di controllo riguarda il momento finale di esistenza della posizione di garanzia, mentre si è osservato che il momento iniziale corrisponde all'esistenza in capo al garante di una situazione giuridicamente qualificata, e dei corrispondenti poteri di controllo di quest'ultimo sulla cosa e sull'attività, che possono causare danni a terzi. Secondo alcuni sembra corretto fare coincidere il momento finale con la perdita di controllo sulla fonte di pericolo ma l'opinione, che qui si condivide, invece, ha messo in luce come proprio l'aver perso il controllo sulla fonte di pericolo, possa implicare un dovere di attivarsi, affinché si neutralizzino i pericoli derivanti da un uso indebito. Si pensi, per esempio, alla perdita di sostanze radioattive, che configura in capo al garante un obbligo di immediata comunicazione alle autorità competenti<sup>117</sup>.

### **3. *Gli incerti confini dell'obbligo di impedimento del reato altrui***

---

<sup>115</sup> Così come illustrato efficacemente da T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, VIII ed., 2006, 115 ss. (in questa edizione). *Contra*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 170

<sup>116</sup> T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 112; sull'estensione ipertrofica di queste posizioni di garanzia, in particolare nell'ambito del diritto penale d'impresa, a seguito della "trasformazione", non sempre ortodossa, degli obblighi di controllo in obblighi di impedimento, si vedano le riflessioni di M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)* (a cura di), Firenze, 2010, 359 ss.

<sup>117</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 334.

Secondo la maggioranza degli interpreti il garante, che non ha impedito l'azione criminosa altrui risponde in concorso con l'autore del reato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p.<sup>118</sup>, poiché l'omissione configurerebbe un contributo causalmente rilevante (altrimenti atipico) nella configurazione della fattispecie commissiva plurisoggettiva eventuale; il concetto di evento della clausola di equivalenza potrebbe, dunque, estendersi a quello di fatto di reato ed il meccanismo di conversione-duplicazione delle fattispecie monosoggettive di parte speciale, in autonome fattispecie omissive improprie costituirebbe, anche, il fondamento di un particolare profilo di responsabilità concorsuale, tramite un ulteriore meccanismo di duplicazione analogo<sup>119</sup>.

I principali quesiti, che si è posta la dottrina sul punto, attengono alla possibilità o meno di concepire l'obbligo di impedimento del reato altrui come categoria autonoma nella sistematica del reato omissivo improprio<sup>120</sup>; quali siano gli obblighi realmente impeditivi di un reato altrui, se possono esplicitarsi soltanto nei confronti di soggetti incapaci assoggettati ad un potere di vigilanza del garante, oppure anche nei confronti di terzi estranei a tale rapporto di soggezione; quale sia l'estensione della sfera degli illeciti, che possono costituire oggetto di impedimento da parte del garante<sup>121</sup>.

La giurisprudenza, non senza divergenza di orientamenti, ha contemplato nella categoria in esame, per esempio, la posizione di impedimento di fatti illeciti dei figli minori, dei pupilli, degli scolari, degli apprendisti, degli infermi di mente da parte, rispettivamente, dei genitori, dei tutori, dei maestri, dei medici e degli infermieri, titolari di poteri di vigilanza nei confronti dei primi, discendenti dai doveri di educazione, istruzione, cura, e custodia di cui all'art. 2048 c.c.; ancora, ha ravvisato questa posizione di garanzia negli amministratori di società per il mancato impedimento dei reati commessi nell'ambito della gestione societaria<sup>122</sup>. Come osservato da autorevole dottrina, i poteri-doveri dei garanti potranno esplicitarsi, sia nei confronti di terzi, soggetti al potere coercitivo del garante/autorità di diritto pubblico o privato, sia nei confronti di terzi, che

---

<sup>118</sup> Così, tra i tanti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 639; A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, cit., 353 ss.

<sup>119</sup> Così come osservato da L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339; similmente P. SEMERARO, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *Ind. pen.*, 2006, 584.

<sup>120</sup> Accolgono, invece, l'impostazione bipartita F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., *passim*; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., *passim*; M. ROMANO, *Sub art. 40 c.p.*, cit., 383 ss.

<sup>121</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 124.

<sup>122</sup> A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, cit., 354-355, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 175-176.

rivestono una posizione paritetica rispetto a quella del garante. Discussa, invece, è la possibilità di configurare il concorso omissivo per mancato impedimento del reato, quando il terzo autore del fatto illecito sia fornito di poteri diversi e superiori o di autonomia decisionale sulla condotta integrante il fatto illecito (come accade per i sindaci nei confronti di eventuali atti illeciti degli amministratori)<sup>123</sup>.

In merito agli obblighi impeditivi di reati in danno ai beni affidati ai garanti, con i quali quest'ultimi hanno un particolare rapporto di protezione si sono registrate divergenze interpretative. Secondo un'impostazione restrittiva non potrebbero rientrare nella categoria dell'obbligo di impedimento del reato altrui, perché sarebbero propriamente obblighi di protezione, come accade, per esempio, nel caso del genitore di impedire l'uccisione del figlio. L'argomentazione più incisiva sottolinea che il titolare dell'obbligo di protezione potrebbe rispondere, in caso di mancato impedimento di eventi lesivi del bene affidatogli cagionati da terzi, unicamente in forma monosoggettiva, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. e non a titolo concorsuale, *ex artt.* 40, comma 2 e 110 c.p.<sup>124</sup>.

Ulteriore questione controversa riguarda l'obbligo degli appartenenti alle forze dell'ordine di impedire i reati a danno dei cittadini, che ha suscitato un ampio dibattito, utile a contrassegnare i confini di questa tipologia di posizione di garanzia. La tesi tradizionale, formalistica, riconosce in via generalizzata in capo alle forze dell'ordine la responsabilità concorsuale, qualora omettano di intervenire per impedire la commissione da parte di terzi di un illecito (previo accertamento degli ulteriori elementi costitutivi tipici del concorso di persone nel reato), per l'espressa previsione all'art. 1 del R.D. 773/1931, che assegna alle forze dell'ordine «la tutela della sicurezza pubblica e della generale incolumità dei cittadini» e all'art. 219 del previgente codice di rito, ora sostituito dall'attuale art. 55 c.p.p., che attribuisce alla polizia giudiziaria l'obbligo generale di prendere notizie di reati, per impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari, per assicurarne le fonti di prova<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Così come osservato da I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 123 che ha sottolineato che, in quest'ultima ipotesi, il garante non si troverebbe ad avere un potere realmente impeditivo.

<sup>124</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 130.

<sup>125</sup> L'orientamento tradizionale è stato avallato dalla giurisprudenza maggioritaria, *ex plurimis* Cass. Sez. III, 30 gennaio 1996 in *Cass. pen.*, 1997, 1496. Si vedano anche Cass. Sez. II, 6 dicembre 1991, in *Riv. pen.*, 1992, II, 659; Cass., Sez. II, 2 aprile 1960, in *Riv. pen.*, 1961, 2, 260; Cass. Sez. I 5 maggio 1950, in *Giust. pen.*, 1950, I, 872.



La tesi restrittiva, invece, mette in luce l'indeterminatezza di una posizione di garanzia talmente ampia da ricomprendere nel suo oggetto, come fonte di pericolo, un numero illimitato di cittadini, potenziali autori di illeciti. Gli obblighi gravanti sugli appartenenti alle forze dell'ordine sarebbero meri obblighi di attivarsi, perché non costituiti da quell'effettivo rapporto di protezione tra un soggetto e un interesse altrui, cioè privi del carattere della specialità, necessario affinché un obbligo di attivarsi per l'impedimento di eventi lesivi acquisti il significato di un obbligo di garanzia<sup>126</sup>.

Secondo un'altra impostazione l'obbligo gravante sulle forze dell'ordine non configurerebbe un vero obbligo impeditivo, bensì un obbligo di sorveglianza, nascente da un dovere d'ufficio di denuncia, di cui all'art. 361, comma 2 c.p. Pertanto, l'inadempimento da parte dell'appartenente alle forze dell'ordine rilevarebbe, ai sensi delle norme penali preordinate a punire l'abuso delle funzioni, e non alla luce dell'art. 110 c.p. e 40 cpv.<sup>127</sup>.

Si deve pervenire a diversa conclusione, secondo la tesi restrittiva, se il dovere di vigilanza, invece, si manifesta in un rapporto di tutela specifico quanto, per esempio, accade nel caso delle scorte *ad personam*. Il "sorvegliante-garante" risponderebbe, però, a titolo di omissione impropria per l'evento tipico (morte o lesione etc.) e non di concorso omissivo nel reato, perché al garante è stata affidata la protezione della vita e l'incolumità dello scortato, senza alcuna estensione all'impedimento dei reati a danno dei cittadini<sup>128</sup>.

Chi scrive condivide, invece, una linea interpretativa mediana, che sottolinea come circoscrivere la posizione di garanzia degli appartenenti alle forze dell'ordine soltanto ai casi in cui vi sia un effettivo rapporto di protezione tra il garante e l'interesse altrui sarebbe incoerente con le premesse, perché quella stessa corrente interpretativa restrittiva ammette pacificamente l'esistenza di un'intera categoria di obblighi di garanzia, che difetta proprio di questo "rapporto di protezione", quale quella di controllo su fonti di pericolo. Operando questa delimitazione, in ordine alla posizione di garanzia degli appartenenti alle forze di polizia, dunque, si utilizzerebbe implicitamente come nozione

---

<sup>126</sup> In senso restrittivo G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 196. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 334.

<sup>127</sup> Tra questi, N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 78-79; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 208.

<sup>128</sup> L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., 1391. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzioni di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1283.

generale di posizione di garanzia quella modellata esclusivamente sulle caratteristiche dei garanti di protezione<sup>129</sup>.

Si riconosce, dunque, un obbligo di impedimento del reato a carico delle forze dell'ordine, quando è stato affidato loro un compito determinato, con i relativi poteri di vigilanza e di intervento sul rischio a carico di una pluralità indeterminata di beni giuridici (come accade per gli agenti del servizio di ordine di una manifestazione, per esempio); ancora, quando nell'esercizio del suo ufficio si trovino casualmente di fronte alla commissione di un reato, ovvero quando ricevono notizia di un reato in corso e siano in grado di intervenire tempestivamente. In conclusione, dunque, si deve negare la posizione di garanzia degli appartenenti alle forze di polizia nel caso in cui i poteri giuridici istituzionali di intervento non possano essere tempestivamente attuati e quindi realmente impeditivi<sup>130</sup>.

In generale, si ritiene condivisibile la linea interpretativa che restringe l'ambito di applicazione del reato omissivo improprio, sempre attraverso la verifica dell'effettiva sussistenza dei poteri-doveri giuridici del garante, rispetto all'evento non impedito ed in tal caso rispetto al fatto di reato non impedito. Quindi, anche per quanto riguarda la questione, richiamata in precedenza dell'obbligo di impedimento dei reati a danno dei beni giuridici oggetto di protezione, come nel caso del genitore per gli illeciti di terzi a danno dei figli, si ritiene che possa essere una situazione rientrante in questa tipologia sistematica<sup>131</sup>. Priva di fondamento, invece, risulta la distinzione tra il potere di signoria sul decorso causale, innescato da una forza della natura, rispetto a quello innescato da una condotta umana; al più, la difficoltà potrà rilevare dal punto di vista dell'esercizio concreto del potere impeditivo del garante sull'illecito di un terzo ma non sul piano dell'astratta configurabilità della fattispecie<sup>132</sup>.

### ***3.1 Sull'estensione del concorso omissivo nel reato commissivo. Obbligo di sorveglianza, obbligo di attivarsi e contributo agevolatore***

---

<sup>129</sup> Si accoglie l'impostazione di I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 139.

<sup>130</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 147-148.

<sup>131</sup> Su questa linea interpretativa in relazione al concorso omissivo nel reato di maltrattamenti, di cui all'art. 572 c.p. T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1998, 195 ss.

<sup>132</sup> Così I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 133-134

Rimane questione aperta l'ultimo dei quesiti inerenti questa controversa posizione di garanzia, ovvero se l'evento/reato da impedire da parte del garante, coincidendo con l'altrui fatto penalmente illecito, possa essere costituito da qualsiasi tipo di reato di parte speciale, o se debba, invece, soggiacere ai limiti del reato omissivo improprio in forma monosoggettiva, che è compatibile, per la dottrina maggioritaria, con le fattispecie causalmente orientate e a tutela di determinati beni giuridici, di particolare rilevanza.

La tesi tradizionale richiama la disposizione, di cui all'art. 138 c.p.m.p., che prevede che «ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 del codice penale» è punito «il militare che per timore di un pericolo per altro inescusabile motivo non usa ogni mezzo possibile per impedire l'esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà e la difesa militare, o di rivolta, o di ammutinamento, che si commette in sua presenza.». Questo riferimento alla clausola di equivalenza non avrebbe senso, se non per spiegare l'esclusione dell'applicazione della disposizione in parola, quando in capo al militare sussiste un obbligo di garanzia di impedire i reati indicati. In tal caso, il militare risponderà a titolo di concorso nel reato non impedito, ai sensi dell'art. 40 cpv. e 110 c.p.<sup>133</sup>. Per questa tesi il concorso mediante omissione in una fattispecie commissiva potrà configurarsi, dunque, in relazione a qualsiasi fattispecie di parte speciale, intendendo il termine "evento" non impedito dell'art. 40 2° comma c.p., come equivalente a "reato"<sup>134</sup>.

La tesi sfavorevole all'uso estensivo del combinato disposto, di cui agli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., postula l'eccezionalità della punibilità dell'omesso impedimento di azioni illecite di terzi, non potendo essere equiparata a quella dell'omesso impedimento di eventi cagionati da forze naturali. Di conseguenza, il garante deve essere in grado concretamente di impedire l'illecito altrui e ciò accadrebbe solo quando l'aggressore, in virtù di una particolare relazione, si trova nella sfera di controllo dello stesso. Soprattutto, la punibilità dell'omesso impedimento di azioni illecite di terzi dovrebbe essere circoscritta ai soli casi di fattispecie causalmente orientate, dovendo il termine "evento" non impedito, ai sensi dell'art. 40 cpv., essere sempre inteso esclusivamente in senso naturalistico<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 329 ss.

<sup>134</sup> La tesi tradizionale è sostenuta da G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 329 ss.; nella sua versione più avanzata è condivisa altresì da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 176; I. LEONCINI, *L'obbligo di attivarsi*, cit., 361 ss.

<sup>135</sup> L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., 1279 ss. Diffusamente ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di*

Tuttavia, questa impostazione conduce ad un'interpretazione abrogatrice dell'istituto, perché se il garante avesse effettivamente il potere di impedire l'evento lesivo da intendersi in senso naturalistico, non si applicherebbe la disposizione, di cui all'art. 110 c.p., bensì solo la clausola, di cui all'art. 40 comma 2 c.p., in virtù di una fattispecie monosoggettiva. Sicuramente è condivisibile la non aprioristica adesione al termine evento, di cui all'art. 40 cpv. c.p., della tesi tradizionale, con conseguente delimitazione del concorso omissivo alle sole ipotesi causalmente orientate, che condurrebbe ad un'*interpretatio abrogans* dell'istituto. Si avalla, però, la linea interpretativa di chi ha sottolineato la necessità di un vaglio, nel caso concreto, circa l'effettiva esistenza di poteri giuridici impeditivi, in capo al concorrente e quindi di un'effettiva posizione di garanzia, per capire quando possa configurarsi il concorso omissivo nel reato commissivo<sup>136</sup>. Ne conseguirebbe l'esclusione degli obblighi di attivarsi o degli obblighi di sorveglianza come contributi concorsuali omissivi, ai sensi degli artt. 110 e 40, comma 2 c.p.; la questione, tuttavia, merita maggiore approfondimento, poiché strettamente correlata alle problematiche afferenti alla delega di funzioni.

Parte della dottrina e della giurisprudenza concepiscono la violazione di questi obblighi, come nel caso dei sindaci, per non avere impedito l'operato illecito degli amministratori, per esempio, come contributo atipico causalmente rilevante perché "agevolatore" del reato. Ciò è sostenuto con una serie di argomentazione che, dai dati normativi, dimostrano come sarebbero configurabili nel nostro ordinamento condotte

---

*incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 392 ss. Questa dottrina ha per il vero specificato che non si tratterebbe propriamente di un'interpretazione abrogatrice ma dell'unica interpretazione possibile, perché le due clausole generali, di cui agli artt. 110 e 40 cpv. c.p., farebbero capo a due «qualificazioni dogmatiche distinte e irriducibili». Pertanto, l'omittente che concorre nel reato sarebbe sempre "coautore" e la rilevanza penale della sua condotta sarebbe ascrivibile esclusivamente all'applicazione dell'art. 40 cpv. e alla norma di parte speciale; ne conseguirebbe che le disposizioni sulla compartecipazione criminosa verrebbero in rilievo solo con funzione di "disciplina" (e non "incriminatrice" di condotte che in forma monosoggettiva non sarebbero riconducibili al paradigma omissivo improprio). L'autore dell'omissione, di contro, quando non ricorrono i presupposti, di cui all'art. 40, comma 2, c.p., allora potrebbe essere chiamato a rispondere di concorso morale, se sussiste la consapevolezza di concorrere con altri con il suo contegno omissivo per l'eventuale rafforzamento del proposito criminoso in capo all'autore stesso. Per un approfondimento della medesima Autrice sulle problematiche della cooperazione colposa si veda ID., *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 571ss. nota a Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1786. Similmente, in senso critico, in ordine all'automatica applicazione delle due clausole generali, di cui agli artt. 40 cpv. e 110 c.p., G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II. Torino, 1988, 470.

<sup>136</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 371; pur partendo da premesse differenti, similmente G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 359.

atipiche di concorso non causali<sup>137</sup>. Da questo assunto si trae la conclusione che anche nel concorso omissivo nel reato commissivo, *ex artt.* 110 e 40, comma 2 c.p., possano rientrare quelle condotte atipiche causalmente rilevanti, meramente agevolatrice del proposito criminoso, quindi, altresì, per violazione di obblighi di attivarsi e di sorveglianza.

La tesi che coglie nel segno rileva, però, che «la configurabilità di un contributo non causale (causale in concreto, ovvero agevolatore) sembra oggi comunemente ammessa, essendo unanimemente respinto, perché troppo ristretto, il criterio della *condicio sine qua non*, l'unico, cioè, davvero capace di rendere pienamente tassativa la previsione dell'art. 110»<sup>138</sup>. Simili statuizioni si possono estendere anche al concorso omissivo nel reato altrui e che quindi possano essere ammessi contributi agevolatori e non propriamente causali. Tuttavia, è la clausola, di cui all'art. 40, comma 2 c.p. che, sia per le fattispecie monosoggettive, sia plurisoggettive omissive improprie offre il criterio di tipizzazione della condotta, imponendo l'obbligo di garanzia come requisito imprescindibile di imputazione oggettiva. Pertanto, «se con riferimento alle condotte attive l'individuazione dei singoli contributi concorsuali punibili muove dalla valutazione fattuale del loro concreto apporto alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva, una mera valutazione sul piano fattuale è invece priva di significato con riferimento alle condotte omissive, le quali non sono in grado di “concorrere” sul piano naturalistico, alla realizzazione di alcunché»<sup>139</sup>.

In conclusione, si ritiene che la violazione di doveri di sorveglianza non dovrebbero avere rilevanza penale né come concorso omissivo colposo, né come concorso omissivo

---

<sup>137</sup> In estrema sintesi, gli interpreti si dividono in due diversi filoni su come concepiscono il contributo concorsuale rilevante *ex art.* 110 c.p., il primo, fautore della “causalità in concreto”, per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 518 ss., il secondo è quello della tesi delle tipologie ontologiche di condotte che possono integrare la fattispecie concorsuale, che muove dalla constatazione della insufficienza della spiegazione causale della fattispecie plurisoggettiva eventuale e che quindi dovrebbero essere concorrenti sia condotte materiali, sia morali. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 511 ss.

<sup>138</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 379.

<sup>139</sup> I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 381-382. L'A. in parola arriva alla conclusione, che qui si condivide, che il contributo omissivo penalmente rilevante deve avere sempre come requisito l'obbligo giuridico impeditivo ovvero essa deve esserci sempre una posizione di garanzia. L'ulteriore sviluppo che differenzia un contributo “necessario” da un contributo meramente agevolatore, pur in presenza di una posizione di garanzia, invece, non si condivide totalmente in questa sede. Si ritiene, difatti, che possa parlarsi propriamente di contributo agevolatore in forma di concorso morale quando non si configura, dunque, una posizione di garanzia, ai sensi degli artt. 40, comma 2 c.p. ma possa la sua condotta fornire un “incoraggiamento” al soggetto che agisce in modo illecito; sulla problematicità della configurazione dell'elemento soggettivo nel concorso mediante omissione T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 410.

doloso, salvo espressa incriminazione da parte di una fattispecie di pura omissione, perché la riconducibilità all'istituto dell'omesso impedimento del reato altrui in alcun modo può prescindere dall'esistenza della posizione di garanzia e del relativo potere-dovere impeditivo. Tuttavia, i contributi meramente agevolatori del soggetto, sprovvisto di poteri giuridici propriamente impeditivi, che ha la consapevolezza di collaborare con il suo contegno al fatto illecito di terzi, al più, potranno configurare un concorso morale nell'illecito<sup>140</sup>.

### **SEZ. III- LA POSIZIONE DI GARANZIA NELL'AMBITO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO.**

Sommario: 1. La valutazione del rischio e la posizione di garanzia nell'ambito della sicurezza sul lavoro. - 2. Il datore di lavoro: l'evoluzione normativa e il contenuto dei poteri/doveri, di cui è titolare. - 2.1. La declinazione della posizione di garanzia del datore di lavoro all'interno delle diverse realtà lavorative e il principio di effettività. - 3. Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro: la figura del dirigente responsabile. - 4. (Segue.) La posizione di garanzia del preposto. - 5 (Segue.) L'incerta figura del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione. - 6 (Segue.) La posizione di garanzia del medico responsabile.

#### ***1. La valutazione del rischio e la posizione di garanzia nell'ambito della sicurezza sul lavoro***

Una volta inquadrare le coordinate generali sulla posizione di garanzia resta da analizzare come questa si declini nell'ambito della sicurezza sul lavoro, perché l'individuazione del soggetto che assume su di sé, in via immediata e diretta la posizione di garanzia «precede, logicamente e giuridicamente quella della (eventuale) delega di funzione»<sup>141</sup>, disciplinata per la prima volta proprio in questo ambito. I garanti, in tal caso, saranno riconducibili alla posizione di garanzia di controllo su fonti di pericolo, titolari

---

<sup>140</sup> In generale sul concorso morale, tra i tanti, si vedano R. PALMIERI, *Profili essenziali della condotta istigatoria*, Milano, 1968, *passim*; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, *passim*; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, *passim*; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, *passim*; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, *passim*; D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFARO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 186 ss.; T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Roma, 2013, 256 ss.

<sup>141</sup> Così T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 6 ss.

di poteri giuridici di vigilanza, di iniziativa e di intervento diretto per tutti gli eventi lesivi, che possono derivare da quella fonte.

Il testo unico, il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 8, ha abrogato tutta la normativa precedente, che dagli anni 50, con diversi D.p.r., disciplinava i rischi fino ad allora conosciuti nelle varie lavorazioni, fino al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (integrato dal d.lgs. n. 242/1996), che recepiva la cosiddetta direttiva n. 89/391/CEE. Oltre al pregio di avere ricondotto ad unità una materia, che disciplinava i diversi rischi lavorativi, ha costruito l'impianto del sistema attorno alla figura del datore di lavoro, che è responsabile penalmente, perché titolare del potere discrezionale di organizzazione dell'impresa<sup>142</sup>.

La precedente legislazione aveva erroneamente tentato di definire tutti i parametri e le misure di prevenzione di pericoli, andando incontro ad una rapida obsolescenza e favorendo, così, una prassi giurisprudenziale, che allargava le maglie della responsabilità penale del datore di lavoro, nonostante le norme cautelari scritte, per violazione del precetto residuale, di cui all'art. 2087 c.c.<sup>143</sup>. Lo strumento essenziale della politica della sicurezza sul lavoro ora è la valutazione del rischio con cui si proceduralizza il modello di diligenza esigibile<sup>144</sup>, tale per cui vengono ad esistenza due livelli normativi: il primo,

---

<sup>142</sup> Così B. DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in B. DEIDDA, A. GARGANI (a cura di), *I reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 41-42.

<sup>143</sup> «Art. 2087 c.c. *Tutela delle condizioni di lavoro*.

L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa 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 prestatori di lavoro».

<sup>144</sup> Art. 15 lett. a) 1. Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono:

a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza (...)

Art. 28 Oggetto della valutazione dei rischi 1. La valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o delle miscele chimiche impiegate, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro e i rischi derivanti dal possibile rinvenimento di ordigni bellici inesplosi nei cantieri temporanei o mobili, come definiti dall'articolo 89, comma 1, lettera a), del presente decreto, interessati da attività di scavo.

Art. 29 Modalità di effettuazione

1. Il datore di lavoro effettua la valutazione ed elabora il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente, nei casi di cui all'articolo 41.

2. Le attività di cui al comma 1 sono realizzate previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

3. La valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica,

caratterizzato da norme legislative di tipo procedurale, che definiscono gli organi e le procedure, attraverso cui si definiscono le norme cautelari, di secondo livello, le quali a loro volta confluiscono nel documento di sicurezza, di cui all'art. 17 lett. a)<sup>145</sup> e all'art. 28. Pertanto, la disciplina normativa sulla valutazione del rischio non definisce norme cautelari, criterio di imputazione soggettiva dell'illecito, bensì norme cautelative di tipo procedurale. Il documento di sicurezza, insieme alle decisioni assunte in tale ambito, costituiscono criterio di imputazione di responsabilità e quest'ultime, altresì, individuano le rispettive posizioni di garanzia<sup>146</sup>. Il garante si intende, non solo il titolare dell'obbligo

---

della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. A seguito di tale rielaborazione, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate. Nelle ipotesi di cui ai periodi che precedono il documento di valutazione dei rischi deve essere rielaborato, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, nel termine di trenta giorni dalle rispettive causali. Anche in caso di rielaborazione della valutazione dei rischi, il datore di lavoro deve comunque dare immediata evidenza, attraverso idonea documentazione, dell'aggiornamento delle misure di prevenzione e immediata comunicazione al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. A tale documentazione accede, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

4. Il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), e quello di cui all'articolo 26, comma 3, devono essere custoditi presso l'unità produttiva alla quale si riferisce la valutazione dei rischi.

5. Fermo restando quanto previsto al comma 6-ter, I datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori effettuano la valutazione dei rischi di cui al presente articolo sulla base delle procedure standardizzate di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f). Fino alla scadenza del terzo mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto interministeriale di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f), e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2012, gli stessi datori di lavoro possono autocertificare l'effettuazione della valutazione dei rischi. Quanto previsto nel precedente periodo non si applica alle attività di cui all'articolo 31, comma 6, lettere a), b), c), d) nonché g).

6. Fermo restando quanto previsto al comma 6-ter, I datori di lavoro che occupano fino a 50 lavoratori possono effettuare la valutazione dei rischi sulla base delle procedure standardizzate di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f). Nelle more dell'elaborazione di tali procedure trovano applicazione le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, e 4.

6-bis. Le procedure standardizzate di cui al comma 6, anche con riferimento alle aziende che rientrano nel campo di applicazione del titolo IV, sono adottate nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 28.

<sup>145</sup> «Art. 17 *Obblighi del datore di lavoro non delegabili*.

1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività:

- a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;
- b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.»

<sup>146</sup> Interessante approfondimento di D. CASTRONUOVO, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 203 ss. In giurisprudenza tra le numerose pronunce sul punto viene sancito che per l'individuazione del garante «nelle strutture aziendali complesse occorre fare riferimento al soggetto espressamente deputato alla gestione del rischio essendo, comunque, generalmente riconducibile alla sfera di responsabilità del preposto l'infortunio occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa, a quella del dirigente il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa e a quella del datore di lavoro, invece, l'incidente derivante da scelte gestionali di fondo». «Qualora vi siano più titolari della posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela impostogli dalla legge fin quando si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia, per cui l'omessa applicazione di una cautela antinfortunistica è addebitabile ad ognuno dei titolari di tale posizione». Così, *ex plurimis* Cass., Sez. IV, 27 aprile 2018, n. 18409, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 2 febbraio 2021, n. 3917 in *Olympus*.



impeditivo, di cui all'art. 40, 2 comma c.p. ma in accezione più ampia, come centro di decisione e gestore del rischio<sup>147</sup>.

Sono note le fondamentali considerazioni della sentenza a Sezioni Unite “Thyssenkrupp”, che ha cristallizzato la figura del garante, non solo come soggetto responsabile di condotte non impeditive dell'evento ma, altresì, come strumento per arginare l'eccessiva latitudine di imputazione del nesso eziologico, a causa della teoria condizionalistica; attraverso lo strumento normativo, di cui all'art. 41, capoverso, c.p. il nesso di causa sarebbe interrotto da tutte le condotte “eccentriche”, che esorbitano la rispettiva area di rischio, di cui il garante è responsabile. Riportando le parole della Corte:

«il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli. Il rischio è categorialmente unico ma, naturalmente, si declina concretamente in diverse guise in relazione alle differenti situazioni lavorative. Dunque, esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. (...) Ciò suggerisce che in molti casi occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto “gestore” del rischio. Allora, si può dire in breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio.»<sup>148</sup>.

Ne consegue, non solo una “ridefinizione” dell'ambito della responsabilità penale del datore di lavoro, ma parallelamente si individua l'area di colpa esclusiva del lavoratore nei casi di c.d. concorso colposo del lavoratore stesso nell'infortunio sul lavoro. Dal coacervo di obblighi del d.lgs. n. 81/2008<sup>149</sup>, che vanno a definire gli obblighi del datore di lavoro e la relativa posizione di garanzia, secondo la giurisprudenza più recente la condotta del lavoratore sarebbe idonea ad interrompere il nesso causale, ai sensi

---

<sup>147</sup> V. TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 40-41; 44, che ha evidenziato come la tensione con il principio di legalità dell'illecito contravvenzionale della sicurezza sul lavoro, determinato dal rinvio a fonti sublegislative e private «verrebbe, infatti, “metabolizzato” in un sistema normativo, in cui anche i soggetti destinatari degli obblighi di prevenzione, intervengono, nell'ambito della struttura aziendale nell'individuazione delle singole prestazioni prevenzionali»; in senso conforme C. BERNASCONI, *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 23 ss.

<sup>148</sup> Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, per il testo integrale della sentenza, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014, la parte qui riportata viene tratta al punto 13 della motivazione, 101-107.

<sup>149</sup> Si rinvia all'analisi di L. D'ALTILIA, *Il rischio penale nei rapporti di lavoro. Tecniche e modelli di tutela*, Milano, 2015, 6 ss. che analizza la particolare tipologia di fattispecie incriminatrici nel t.u., mettendone in luce le criticità, stante la formulazione delle stesse con la c.d. “tecnica del rinvio”, in cui vi è una disgiunzione tra precetto e norma sanzionatoria, che rinvia ad un'altra norma, la quale descrive il comportamento che si vuole punire.

dell'art. 41, comma 2 c.p., quando l'azione del lavoratore sia imprevedibile a tal punto da esorbitare l'area di rischio, a cui fa capo il datore di lavoro<sup>150</sup>.

Breve: questo microsistema normativo delimita i doveri di sicurezza del datore di lavoro e degli altri garanti, la cui definizione serve per comprendere il funzionamento della delega di funzioni in questo ambito di indagine, ovvero se possano essere o meno delegati determinati competenze e poteri, a cui corrispondono sfere di responsabilità penale.

## ***2. Il datore di lavoro: l'evoluzione normativa e il contenuto dei poteri/doveri, di cui è titolare.***

La disposizione, di cui all'art. 2087 c.c., prevede che l'imprenditore sia il soggetto tenuto ad adottare «le misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Considerata la necessità della disposizione codicistica di essere specificata nella sua portata precettiva e mancando un'esplicita definizione normativa di datore di lavoro, durante la vigenza dei d.P.R. degli anni 1955 e 1956, la giurisprudenza suppliva al vuoto normativo stabilendo, per via interpretativa, che siffatta figura dovesse essere identificata nel rappresentante legale dell'azienda<sup>151</sup>. In seguito, con l'entrata in vigore del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 è stata, per la prima volta, fornita la definizione di

---

<sup>150</sup> Per un contributo di più ampio respiro A. VALLINI, *L'art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in G. CAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, Pisa, 2015, 112 ss.; A. DE LIA, *La responsabilità per gli infortuni sul lavoro*, in A. MANNA, A. DE LIA, *Dieci nodi gordiani del diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 57 ss.; M. L. MATTHEUDAKIS, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un'argine al paternalismo?*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 571 ss.; in una prospettiva di più ampio respiro A. PERIN, *Prudenza dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 275 ss.; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 92-93 specifica che l'orientamento giurisprudenziale in merito al concorso colposo del lavoratore si può suddividere in tre momenti: in un primo momento il comportamento negligente, imperito, imprudente del lavoratore non rilevava mai; in un secondo momento la Cassazione ha enucleato un'area di rischio, facente capo alla responsabilità penale del datore di lavoro, all'interno delle mansioni svolte dal lavoratore; mentre, in un terzo momento, ha concepito ciò che fuoriesce dall'area di rischio, a cui fa capo la posizione di garanzia del datore di lavoro, ovvero il comportamento del lavoratore tenuto all'interno delle sue mansioni, quando vengono attuate con modalità talmente eccezionali e assurde da costituire una nuova situazione di rischio del tutto imprevedibile.

<sup>151</sup> Tuttavia, come sottolinea, F. STOLFA, *L'individuazione e le responsabilità del datore di lavoro*, cit., 6 «anche con la nuova formulazione legislativa, nella maggioranza dei casi e soprattutto nelle piccole realtà imprenditoriali, il datore di lavoro coinciderà con il soggetto investito della legale rappresentanza».

datore di lavoro, all'art. 2, lett. b), tramite un duplice criterio, il primo di tipo formale, legato alla titolarità del rapporto di lavoro con il lavoratore e il secondo sostanziale, che individua il datore di lavoro come il soggetto che ha, in concreto, il potere di decisione e di spesa (che prescinde, dunque, dall'incarico formale di rappresentanza legale dell'azienda)<sup>152</sup>.

Ad oggi, con la vigenza del d.lgs. n. 81/2008, all'art. 2, comma 1, lett. b), così come modificato dal d.lgs. n. 106/2009, il datore di lavoro, nelle aziende private, è il «titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Si è voluto dare continuità alla definizione della normativa precedente ma con accentuazione della rilevanza del criterio funzionale, estrinsecato nella responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, ovvero nell'esercizio dei poteri decisionali e di spesa.

Come è mutata la definizione legislativa di datore di lavoro, con i vari interventi normativi, è mutato, altresì, il criterio di distribuzione delle responsabilità delle posizioni di garanzia. Si partiva da un modello di distribuzione intersoggettiva c.d. "a cascata", dove al vertice si poneva il datore di lavoro e come in un sistema piramidale, si distribuiva il debito prevenzionistico in misura proporzionale al *quantum* di poteri, che venivano attribuiti *ex lege* ad altri soggetti. Dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 626/1994 il legislatore ha affiancato, però, al datore di lavoro altri soggetti specifici, come vedremo, a carico dei quali sono imputabili una serie di fattispecie contravvenzionali, fonte di responsabilità penale diretta, con funzione tipicamente preventiva. Ferma sempre la possibilità di ascrivere la responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento lesivo, di cui all'art. 40 comma 2 c.p.<sup>153</sup>

Per comprendere, tuttavia, l'individuazione effettiva della posizione di garanzia del datore di lavoro bisogna prima analizzare i poteri, di cui agli artt. 17 e 18 t.u. La prima disposizione sancisce gli obblighi esclusivi afferenti ai profili "strategici" del datore di lavoro, che sono essenzialmente due: quello di valutazione di tutti i rischi ed elaborare il documento di valutazione previsto all'art. 28 e quello di designare il Responsabile del

---

<sup>152</sup> Così B. DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, cit., 42.

<sup>153</sup> S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 68.

Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP). Sotto l'influenza del legislatore europeo<sup>154</sup> si è, dunque, imposto al datore di lavoro di utilizzare il metodo scientifico, non già solo per organizzare l'attività economica ma, altresì, per prevenire i rischi insiti nell'attività lavorativa e tutelare la salute di chi ne venga in contatto. Siffatta tipologia di obblighi sono non delegabili<sup>155</sup> ma non per questo il datore di lavoro non può avvalersi di collaboratori o esperti; si vuole, però, evidenziare che, in ogni caso rimane lui il garante unico del corretto adempimento previsto dalla legge. Invece, gli ulteriori compiti, di cui all'art. 18, rappresentano dei doveri attribuiti indifferentemente dalla legge al datore di lavoro e al dirigente<sup>156</sup>.

In sostanza, gli obblighi del datore di lavoro si dovranno estendere fino alla neutralizzazione di tutti i rischi, rilevati nella valutazione, di cui all'art. 28 t.u. e si deduce dall'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute, che il datore di lavoro, nel suo potere organizzativo, dovrà attenersi a rigorosi criteri di fattibilità tecnica per l'attuazione di tutte le misure di prevenzione, non subordinabili a criteri di fattibilità economica e produttiva.

Una particolare specificazione del dovere organizzativo e preventivo consiste nell'obbligo di continuo aggiornamento da parte del datore di lavoro e di istruzione dei lavoratori sui rischi connessi all'attività lavorativa<sup>157</sup>.

Infine, al comma 3 *bis* dell'art. 18 (introdotto con il d.lgs. n. 106/2009), vige un obbligo di vigilanza del datore di lavoro su determinati compiti, di cui agli artt. 19, 20, 22, 23, 24, 25, ferma restando la responsabilità dei soggetti obbligati. Questo obbligo deve essere temperato con il principio di affidamento, secondo cui il datore di lavoro (e il dirigente) possono confidare ragionevolmente che i soggetti con i quali interagiscono, osserveranno i doveri di diligenza che incombono su di loro<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> Ci si sta riferendo all'importante direttiva sulla sicurezza sul lavoro, la 89/391 CEE (direttiva quadro), a cui ne sono seguite altre, la 89/654 CEE (luoghi di lavoro), la 89/655 CEE (attrezzature di lavoro), la 89/656 CEE (attrezzature di protezione individuale), la 90/269 CEE (movimentazione manuale di carichi) e 90/270 CEE (attrezzature munite di videoterminale).

<sup>155</sup> Cfr. *postea* Cap. III, Sez. II.

<sup>156</sup>B. DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, cit., 50.

<sup>157</sup> Sul punto si veda l'ampia analisi di N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012, 33 ss. In giurisprudenza per quanto concerne la formazione dei lavoratori si vedano Cass., sez. IV, 04 ottobre 2007, n. 4063 in *Olympus*; Cass., sez. IV, 24 settembre 2007, n. 47137 in *Dejure*; Cass., sez. IV, 23 settembre 2004, n. 41707 in *Cass. pen.*, 2006, 2260.

<sup>158</sup> In ogni caso non si può esigere che questo dovere di vigilanza si concretizzi in una continua presenza sul luogo di lavoro, ovvero in un obbligo di controllo assiduo e continuativo, soprattutto qualora si tratti di attività caratterizzate da estrema semplicità, affidate ad operai specializzati dotati di un alto grado di

## ***2.1. La declinazione della posizione di garanzia del datore di lavoro all'interno delle diverse realtà lavorative e il principio di effettività***

Da quanto detto sopra, si desume che il criterio di definizione di datore di lavoro del testo unico, utilizzando disgiuntamente il criterio effettuale da quello formale, permette un allargamento della nozione di datore di lavoro, imputando in via diretta e originaria l'obbligo di sicurezza tanto al soggetto formalmente qualificato, quanto al datore di lavoro effettivo, ovverossia chi avrà la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva, purché dotato di poteri di gestione e di spesa<sup>159</sup>. Alla disposizione, di cui all'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008, riceve la consacrazione normativa questo indirizzo interpretativo, con una disposizione che sancisce la sussistenza della posizione di garanzia anche in capo a colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti, in concreto, i relativi poteri giuridici<sup>160</sup>.

Nelle diverse forme di organizzazione aziendale il datore di lavoro si declinerà con dei tratti peculiari: nelle imprese individuali sarà individuato nel titolare dell'impresa, rilevando il carattere anche puramente formale della qualifica, ferma restando, però, la responsabilità del "titolare di fatto", per la violazione degli obblighi di sicurezza, perché titolare dei poteri decisionali e di spesa (per il criterio funzionale)<sup>161</sup>.

Per quanto riguarda le società semplici o in nome collettivo, tutti i soci sono titolari del debito di sicurezza, salvo delega dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza a persona dotata di particolare competenza nel settore. Mentre, nelle società in accomandita semplice, sarà il socio accomandatario responsabile nel dare attuazione all'obbligo di sicurezza; nelle società di fatto, invece, sarà necessariamente colui che, secondo il principio di effettività esercita, in concreto, i poteri.

---

autonomia. Così, P. DEBERNARDI, *Omessa vigilanza dell'imprenditore ed incuria del lavoratore*, in *Giur. It.*, 2004, 7

<sup>159</sup> F. GIUNTA, D. GUERRI, *Il datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 6 ss. ove l'Autore ha messo in luce come il rischio di un simile utilizzo disgiunto dei criteri possa dare vita ad una responsabilità di posizione, come in quei casi di utilizzo di "teste di paglia" che non hanno consapevolezza alcuna degli obblighi connessi al ruolo che hanno accettato di svolgere in modo fittizio. Anche nei casi di complesse realtà imprenditoriali il datore di lavoro non può essere individuato in coloro che occupano la posizione di vertice *tout court*, dovendo essere sempre accertata l'effettiva distribuzione del debito di sicurezza nell'organigramma aziendale.

<sup>160</sup> F. GIUNTA, D. GUERRI, *Il datore di lavoro*, cit., 8; si veda anche F. STOLFA, *L'individuazione e le responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza sul lavoro*, in *www.ojs.uniurb.it*, 33, 2014, 55.

<sup>161</sup> Così come è stato ribadito da Cass., sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, in *Dejure*.

Nelle società di capitali, dotate, dunque, di personalità giuridica, bisogna guardare la specifica conformazione societaria e il suo concreto declinarsi nella realtà societaria<sup>162</sup>. In un primo tempo la giurisprudenza individuava nel consiglio di amministrazione la sede giuridicamente rilevante dei poteri decisionali e di spesa ma, nei casi in cui avesse delegato i relativi poteri all'amministratore delegato, in quest'ultimo soggetto, in quanto effettivo titolare dei relativi poteri e doveri<sup>163</sup>. In seguito, si è assistito ad un *revirement* della Corte di Cassazione, affermato in particolare nei tristemente noti processi per le patologie amianto-correlate nei lavoratori, dove si è stabilito che, quando si tratta di strategie produttive di carattere generale – quali le scelte sulla sicurezza e la salute dei lavoratori per le lavorazioni in presenza di amianto, dato che ne era nota la pericolosità – non possano essere delegati i doveri di controllo e di decisione. Ne consegue che permarrebbe sull'intero consiglio di amministrazione un vero e proprio obbligo di intervento, tutte le volte che venga a conoscenza di atti illeciti o nel caso di mancato esercizio della delega<sup>164</sup>.

Nelle organizzazioni aziendali di grande dimensioni, però, in ragione della complessità dei processi produttivi si parla di gestione della sicurezza c.d. multidatoriale, ove coesistono pluralità di datori di lavoro, garanti a titolo originario, preposti a distinte unità produttive<sup>165</sup>, definite all'art. 2, lett. t) del d.lgs. n. 81/2008 come stabilimenti o strutture finalizzate alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Per un'attenta analisi sul punto, D. PETRINI, *Individuazione del datore di lavoro e delega di funzioni nelle società di capitali*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, Pisa, 2015, 85 ss.

<sup>163</sup> *Ex plurimis*, la nota sentenza "Macola" (dal nome del ricorrente), Cass., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988 in *Riv. pen.*, 2003, 203, Cass., sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 16465, in *Guida dir.*, 2008, 22, 63; Cass., sez. IV, 21 febbraio 2007, n. 12434, in Cass. Pen. 2008, 1, 362; Cass., sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370, in *Dejure*, «Nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari di poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda, ovvero del presidente del consiglio di amministrazione cui siano state attribuite le relative funzioni (...)»

<sup>164</sup> B. DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, cit., 44. Si precisa che anche su questo tema si ritornerà in seguito, quando si analizzeranno i poteri, che non possono essere oggetto di delega, da parte del datore di lavoro. A questo fine si intendeva analizzare esclusivamente le ricadute in punto di ripartizione intersoggettiva delle posizioni di garanzia.

<sup>165</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020, 28; E. SCAROINA, *La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse*, in *Riv. trim.- Dir. pen. cont.*, 2, 2021, 192 ss.

<sup>166</sup> In anni più recenti è stata l'INPS con diverse circolari (nn. 172 del 2010, 9 e 56 del 2017 e il messaggio n. 1444 del 31 marzo 2017) a specificare criteri che permettono di stabilire cosa sia l'unità produttiva, ovverossia, non soltanto un centro dotato di autonomia finanziaria e tecnico professionale, ma altresì un'unità idonea a realizzare l'intero ciclo produttivo o una fase completa dello stesso e abbia maestranze adibite in via continuativa. Sul punto ampiamente E. SCAROINA, *La responsabilità penale del datore di lavoro*, cit., 193 e note 25 e 26.

Sul punto da parte dell'autorità giudiziaria non sempre si è riscontrato una chiarezza di inquadramento, con conseguente sovrapposizione tra datore di lavoro "periferico" e "delegato", dato che solo sul primo graverebbero i compiti indelegabili, di cui all'art. 17 t.u., mentre il datore di lavoro di vertice non dovrebbe esercitare gli obblighi di vigilanza, di cui all'art. 16, comma 3, di cui si tratterà in seguito, sul titolare dell'unità produttiva<sup>167</sup>. Successivamente, a seguito soprattutto della sentenza a Sezioni Unite del caso "Thyssenkrupp", la giurisprudenza si è assestata su un'imprescindibile «accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione»<sup>168</sup>, non potendosi attribuire, «in via automatica, all'organo di vertice la responsabilità per l'inosservanza della normativa di sicurezza, dovendosi sempre considerare l'effettivo contesto organizzativo e le condizioni in cui detto organo ha dovuto operare»<sup>169</sup>, in ossequio al principio di effettività, di cui all'art. 299 t.u.

Le particolari declinazioni del datore di lavoro nella pubblica amministrazione, così come definito dal combinato disposto, di cui agli artt. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 e 2 comma 1 lett. b) d.lgs. 81/2008 sarà oggetto di una trattazione a parte, al vaglio delle ricadute in materia di delega di funzioni<sup>170</sup>.

### **3. *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro: la figura del dirigente responsabile***

L'opzione legislativa attualmente vigente, in ottica di una maggiore tutela, è stata di distribuire l'obbligo di sicurezza a carico di tutti i soggetti che, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, svolgono attività incidenti sulla sicurezza del lavoro.

Come attenta dottrina ha sottolineato, il d.lgs. n. 81/2008, rispetto al testo normativo antecedente, ha esplicitato le caratteristiche dei garanti, che si affiancano al datore di lavoro nella ripartizione del debito di sicurezza e ha positivizzato il principio di effettività, sovra menzionato, non solo rinvenibile nella stessa definizione di datore di lavoro ma, altresì, nella disposizione, di cui all'art. 299 d.lgs. n. 81/2008, che equipara *ex lege*

---

<sup>167</sup> Tra le decisioni espressione di questo previgente orientamento, che richiedeva una piena autonomia finanziaria, Cass., Sez. IV, 26 marzo 2004, n. 507, in *Ig. sic. lav.*

<sup>168</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *www.rivista231.it*, 102 della motivazione.

<sup>169</sup> Cass., Sez. IV, 24 febbraio 2015, n. 13858, in *Olympus*.

<sup>170</sup> Cfr. *postea* Cap. IV., Sez. II.

l'esercizio di fatto dei poteri giuridici e l'acquisto della corrispondente posizione di garanzia, non solo del datore di lavoro ma, anche, del dirigente e del preposto<sup>171</sup>.

Il dirigente viene ora definito all'art. 2, comma 2 lett. d) come «la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa»<sup>172</sup>. È stata, dunque, confermata l'impostazione antecedente (il c.d. principio dello scalettamento), per cui il dirigente è titolare di una posizione di garanzia originaria, perché destinatario delle norme antinfortunistiche *iure proprio*, prescindendo da un'eventuale delega<sup>173</sup>.

La disposizione soprarichiamata delinea il c.d. dirigente "prevenzionistico", che non è coincidente con la figura del dirigente "giuslavoristico", di cui all'art. 2095 c.c., che colloca tale soggetto al livello più alto delle categorie dei prestatori di lavoro, bensì privilegia una concezione maggiormente "funzionale" della figura, la cui estensione di responsabilità non è determinabile a priori ma è dipendente dal *quantum* di poteri conferito nel caso concreto. In altri termini, se dotato di poteri gerarchici e funzionali, adeguati al tipo di incarico nelle due sfere di attività, organizzativa e di vigilanza, il dirigente per la prevenzione potrebbe non coincidere con il titolare del relativo contratto di lavoro, essendo possibile ravvisare questo ruolo anche in un quadro o in un impiegato direttivo<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2010, 60-61.

<sup>172</sup> P. VENEZIANI, *Commento al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626* in F. PALAZZO, C.E PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1682 ss. ove si specifica, in relazione al testo unico antecedente, nonostante mancasse una disciplina puntuale della figura, tra gli interpreti c'era accordo nel ritenere che il dirigente fosse titolare di un'autonoma posizione di garanzia e che pur essendo annoverato all'art. 2095 c.c. nella categoria dei lavoratori subordinati dell'imprenditore si riteneva che fosse il più diretto collaboratore dell'imprenditore, dotato di un elevato grado di professionalità, autonomia e discrezionalità nello svolgimento delle mansioni. Nella giurisprudenza previgente «I dirigenti non si sostituiscono, di regola, alle mansioni dell'imprenditore, del quale condividono, secondo le loro reali incombenze, oneri e responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro; salvo che, da parte del titolare dell'impresa, sia avvenuta, non soltanto la nomina nel suddetto ruolo (di dirigente) di persona qualificata e capace, ma anche per il trasferimento della stessa di tutti i compiti di natura tecnica, con le più ampie facoltà di iniziativa e di organizzazione anche in materia di prevenzione degli infortuni, con il conseguente esonero, in caso di incidente, da responsabilità penale del datore di lavoro». Così Cass., Sez. IV, 12 maggio 1988, n. 4432, in *Ced. rv.* 180866.

<sup>173</sup> Così come è stato sin dall'entrata in vigore del testo unico sancito dalla Suprema Corte, Cass., Sez. IV, 1° ottobre 2008, n. 42136, in *Olympus*.

<sup>174</sup> S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 75-76; C. MACALUSO, *Il profilo del dirigente nell'organizzazione prevenzionistica*, in *Ig. sic. lav.*, 2013, 11, 562.



Così come definito dalla Suprema Corte è dirigente non l'“*alter ego*” del datore di lavoro ma colui che ha il compito di dirigere, «ad un qualche livello, l'attività produttiva, un suo settore o una sua articolazione», ovvero chi «non porta le responsabilità inerenti alle scelte gestionali generali, ma ha poteri posti ad un livello inferiore, solitamente rapportati anche all'effettivo potere di spesa»<sup>175</sup>.

I suoi obblighi sono definiti, insieme a quelli del datore di lavoro, alla disposizione, di cui all'art. 18 t.u. (così come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106) e si annoverano, per esempio, quello di nominare il medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria, quello di affidare i compiti ai lavoratori, tenendo conto delle loro capacità e condizioni di salute degli stessi, quello di fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale etc. Anche in capo al dirigente, come accade per il datore di lavoro, vige l'obbligo di vigilanza in ordine all'adempimento degli obblighi, di cui agli artt. 19, 20, 22, 23, 24 e 25 (del preposto, dei lavoratori, del medico competenze e dei soggetti esterni ossia di progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori), salva l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati, qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia imputabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza<sup>176</sup>.

Tratto caratterizzante del dirigente è l'autonomia decisionale ma non l'autonomia di spesa, anche se nella prassi accade che, molto spesso, insieme al conferimento di funzioni venga, altresì, conferita la relativa funzione<sup>177</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza, però, ridimensiona l'obbligo di sicurezza, in assenza di idonee capacità di spesa del dirigente che, non potendo intervenire direttamente per i necessari adeguamenti, allora avrà comunque l'obbligo di porre in essere tutte le misure di sicurezza alternative e segnalare al datore di lavoro la situazione di rischio<sup>178</sup>. Anche l'obbligo di formazione del dirigente da parte del datore di lavoro contraddistingue questa figura, come previsto dagli artt. 15, comma 2, lett. o), che disciplina gli obblighi di tutela generale e 37, comma 7, che disciplina in modo puntuale l'obbligo di formazione dei lavoratori.

---

<sup>175</sup> Cass., Sez. IV, 25 maggio 2010, n. 19631, in *Dejure*.

<sup>176</sup> C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, cit., 69.

<sup>177</sup> Come ha messo in luce, C. MACALUSO, *Il profilo del dirigente nell'organizzazione prevenzionistica*, cit., 563.

<sup>178</sup> In tal senso, con affermazioni estensibili alla normativa attuale, Cass. Sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38009 in *Olympus*.

L'esistenza di un coacervo di doveri, alternativamente previsti per il datore di lavoro e per il dirigente e del medesimo regime sanzionatorio, di cui all'art. 55, comma 5 del t.u., come ha osservato attenta dottrina, determina - per dirla in termini civilistici - "una co-obbligazione", «suscettibile di dilatarsi o di comprimersi in ragione del grado di attivazione del datore di lavoro», sicché, in caso di inosservanze del datore di lavoro, si amplierà la necessità di intervento del dirigente, fermi i limiti delle sue competenze; ciò non significa che vi sia piena interscambiabilità tra le due figure, come già sottolineato, poiché la responsabilità penale del dirigente non può estendersi alle incombenze correlate agli indirizzi programmatici aziendale di livello generale<sup>179</sup>.

#### **4. (Segue.) La posizione di garanzia del preposto**

La figura del preposto è stata per la prima volta compiutamente definita nel testo unico della sicurezza sul lavoro dato che ne mancava una definizione anche nella normativa civilistica; sicché, la giurisprudenza, in via interpretativa, enucleava, quale elemento caratterizzante della figura, l'azione di "sovrintendere" l'attività del lavoratore.

La disposizione del d.lgs. n. 81/2008 recepisce l'orientamento maggioritario giurisprudenziale, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e) e definisce il "preposto" «la persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

Dalla qualifica normativa si può desumere che, anche per questa posizione di garanzia, il legislatore abbia voluto privilegiare l'essenzialità del criterio funzionale, con la conseguenza che non basta la qualifica formale di preposto, se non è accompagnata dalla presenza di poteri gerarchici adeguati<sup>180</sup>. Inoltre, la disciplina del t.u. ha avuto il pregio di separare, per lo meno formalmente, la figura del preposto da quella del dirigente,

---

<sup>179</sup>C. MACALUSO, *Il profilo del dirigente nell'organizzazione prevenzionistica*, cit., 567; 570.

<sup>180</sup>Già in precedenza la Cassazione specificava che il preposto, «perché possa essere chiamato a risponderne (...) occorre che, utilizzando il criterio guida dell'effettività, egli abbia in concreto il potere di intervenire nei compiti precettati, per cui l'area della sua responsabilità viene circoscritta dagli effettivi poteri a lui spettanti, indipendentemente dalle più ampie indicazioni normative». Così Cass., sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14192, in *Olympus*.

essendo quest'ultimo titolare di mansioni e compiti prevalentemente esecutivi; tuttavia, attenta dottrina ha sottolineato come, nelle piccole aziende, la figura del preposto possa coincidere con quella del dirigente, quando l'esercizio delle funzioni preveda «non solo la partecipazione alle lavorazioni al pari degli altri dipendenti, ma anche un ruolo di gestione e direzione dei lavori quando ve ne fosse necessità», con la conseguente necessità di un'accurata analisi in concreto per una corretta ricostruzione degli ambiti di responsabilità<sup>181</sup>.

Gli obblighi del preposto sono normati in una disposizione separata, rispetto a quelli del datore di lavoro e del dirigente, però, anche in tal caso, sono obblighi *iure proprio* e fanno capo ad una posizione di garanzia originaria, *ex lege* prevista. La disposizione, di cui all'art. 19, prevede che il preposto, data la sua posizione di sovraordinazione circoscritta, tuttavia, alle sue attribuzioni e competenze, abbia l'obbligo di sovrintendere e vigilare sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori delle misure di prevenzione, verificare che soltanto i lavoratori accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico; richiedere l'osservanza delle misure per il controllo delle situazioni di rischio, in caso di emergenza e dare le relative istruzioni per l'abbandono immediato, in caso di pericolo, del posto di lavoro; informare i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave; astenersi, salvo eccezioni, dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave ed immediato; segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente tutte le condizioni di pericolo, che si verificano durante il lavoro; frequentare gli appositi corsi di formazione, di cui si è già fatta menzione<sup>182</sup>.

La giurisprudenza aveva riconosciuto la titolarità in capo al preposto della posizione di garanzia, pur in assenza di una formale investitura ma rivestendo “di fatto” la relativa qualifica, orientamento che, come è già stato messo in luce, ha ricevuto esplicita consacrazione nella disposizione, di cui all'art. 299 t.u.<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Sono le parole della Suprema Corte, Cass., sez. IV., 11 giugno 2010, n. 22564, in *Dejure*, condivise dall'Autrice, C. MACALUSO, *Il profilo del dirigente nell'organizzazione prevenzionistica*, cit., 565.

<sup>182</sup> In merito alla posizione di garanzia del preposto, che sottende un potere di controllo e di intervento si segnala un'interessante pronuncia della Suprema Corte in cui viene censurata la decisione della Corte di Appello, che aveva escluso apoditticamente la responsabilità del preposto in considerazione del suo ruolo di subordinato, senza indagare l'esigibilità di un suo intervento in autonomia per impedire l'evento lesivo. Cass., Sez. IV, 6 maggio 2016, n. 24136, in *Olympus*.

<sup>183</sup> In precedenza, si veda, per esempio, Cass., sez. IV, 16 ottobre 2002, n. 40939, in *Cass. pen.*, 2003, 3518 ss.; Cass., sez. IV, 26 ottobre 1990, n. 16409, in *Cass. pen.*, 1992, 392.

Alla luce di questa breve disamina si comprende come non sia un'operazione sempre semplice definire le sfere di responsabilità del preposto, rispetto a quelle del datore di lavoro, perché è destinatario di attribuzioni *iure proprio* e non necessariamente delegate. Si devono distinguere le scelte di carattere generale afferenti all'organizzazione complessiva dell'attività lavorativa, di competenza esclusiva del datore di lavoro, da quelle di carattere esecutivo di cura di quest'ultimo. In ogni caso, il datore di lavoro dovrà vigilare sul corretto adempimento dei compiti da parte del collaboratore ed intervenire, in caso di prassi scorrette<sup>184</sup>.

##### **5. (Segue.) L'incerta figura del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione**

Il Servizio di Prevenzione e Protezione dai rischi (SPP)<sup>185</sup> viene definito alla disposizione, di cui all'art. 2 lett. l) t.u. come «l'insieme delle persone sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda, finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori». Una volta che il datore di lavoro organizza il servizio di prevenzione designa anche il suo Responsabile (RSPP) «quale persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'art. 32, designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il Servizio di prevenzione e protezione dai rischi», ai sensi dell'art. 2, lett. f)<sup>186</sup>.

La funzione dei membri del comitato e del relativo Responsabile sarebbe quella di permettere al datore di lavoro nelle imprese di grandi dimensioni o con particolari fattori di rischio, di dotarsi di personale *ad hoc*, dotato di capacità professionali specialistiche, per i compiti di prevenzione e protezione<sup>187</sup>.

Dalla lettura della disposizione, di cui all'art. 33, che elenca i compiti del Servizio, si desume come lo stesso, avendo compiti di elaborazione, di valutazione, di proposta, di

---

<sup>184</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 53.

<sup>185</sup> È stato previsto a livello comunitario dalla direttiva n. 391/1989 “Direttiva del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro”. Era stata recepita dal d.lgs. n. 626/1994 che ha previsto come obbligatoria l'istituzione del servizio ed ha introdotto, anche, la figura del Responsabile del Servizio. Così S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 83

<sup>186</sup> Per un'ampia analisi si veda A. AMATO, *Il responsabile e gli addetti del servizio di prevenzione e protezione* in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo d.lgs. n. 106/2009*, Milano, 2009, 351 ss.; I. SCORDAMAGLIA, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione come consulente del datore di lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015.

<sup>187</sup> C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, cit., 80.

partecipazione alle consultazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, ad eccezione dell'obbligo di fornire informazioni ai lavoratori, di cui all'art. 36, non abbia funzioni realmente operative ma meramente consultive e propositive<sup>188</sup>. Difatti, la sua attività di conoscenza dei fattori di rischio costituisce esclusivamente la premessa necessaria, affinché sia il datore di lavoro ad organizzare l'attività, in modo da non nuocere alla salute dei lavoratori<sup>189</sup>.

L'importanza di questa figura è stata consacrata dalla previsione, di cui all'art. 17 t.u., che definisce la nomina del responsabile come un obbligo non delegabile del datore di lavoro; del resto, si tratta di un'attività di consulenza e collaborazione di cruciale importanza perché, cooperando con il datore di lavoro, apporta nell'azienda le competenze tecniche e scientifiche fondamentali per la gestione del rischio<sup>190</sup>.

Non c'è uniformità di indirizzo sulla possibile ascrizione in capo al Responsabile del servizio di un'eventuale posizione di garanzia. La dottrina maggioritaria propende per una risposta negativa, essendo una figura priva di poteri effettivamente impeditivi (ma solo consultivi); tanto più in capo ai singoli componenti del servizio, generando, altresì, il paradosso che, «la qualifica formale di “responsabile” è stata data all'unico soggetto che (a livello contravvenzionale) è totalmente “irresponsabile”»<sup>191</sup>.

Parte della giurisprudenza opera una distinzione: generalmente non considera responsabili penalmente i componenti del servizio di prevenzione, in quanto semplici ausiliari del datore di lavoro, privi di effettivi poteri decisionali. Tuttavia, per quanto riguarda il Responsabile del servizio di protezione e prevenzione, in alcune pronunce viene precisato che la circostanza per cui nel t.u. non vengano previste della fattispecie

---

<sup>188</sup> Ai sensi dell'art. 31, comma 1, viene specificato che può costituire un organismo interno all'azienda, o può essere affidato ad entità esterne; tuttavia, nelle imprese di rilevanti dimensioni, ex art. 31, comma 6, il servizio deve essere costituito all'interno dell'azienda. Nelle organizzazioni di piccole dimensioni, invece, ex art. 34, comma 1, il datore di lavoro può assumere personalmente tale ruolo, seguendo corsi di formazione *ad hoc*.

<sup>189</sup> P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro: il modello sanzionatorio applicabile all'impresa, il sistema della sicurezza integrata nei cantieri*, il d.lgs. n. 626/94 (aggiornato con il d.lgs. n. 242/96, il d.lgs. n. 359/99 e il d.lgs. 66/2000), il d.lgs. n. 758/94, il d.lgs. n. 494/96 (aggiornato con il d.lgs. n. 528/99), (con il commento alle singole norme, le circolari esplicative, i capi di imputazione, le tavole sinottiche, le scadenze, gli schemi di delega, le sezioni di riepilogo, Milano, 2001, 98. La giurisprudenza maggioritaria ha delineato la figura del servizio di prevenzione come privo di capacità immediatamente operative, in tal senso, *ex plurimis* Cass., sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814 in *Dejure*.

<sup>190</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 57.

<sup>191</sup> N. D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro: responsabilità penali e nuovo testo unico*, Rimini, 2008, 368; nello stesso senso C. BERNASCONI, *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 24-25; S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 84.

contravvenzionali di pericolo, a carico dello stesso, non vuol dire che non possa essere ritenuto responsabile per i reati di omicidio o lesioni, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., in concorso con il datore di lavoro; ovverossia quando, agendo con imperizia, negligenza o imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o non abbia segnalato una situazione di rischio, inducendo il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una misura prevenzionale idonea ad impedire l'evento lesivo. In altri termini, anche il RSPP, pur non essendo titolare di poteri decisionali e di spesa, secondo questa impostazione, è ritenuto corresponsabile per non avere conosciuto e segnalato una situazione di rischio, che aveva l'obbligo di conoscere e segnalare, presumendo che il datore di lavoro avrebbe fatto seguito l'adozione delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare la situazione di rischio<sup>192</sup>.

Questa corrente interpretativa, secondo chi scrive, mette in luce delle problematiche di più ampio respiro, già sollevate quando si è analizzato la posizione di garanzia dell'omesso impedimento del reato altrui; in questa sede basti evidenziare come queste pronunce sembra che sovrappongano, talvolta, il c.d. momento omissivo della colpa, che si innesta su una condotta attiva e quello della sussistenza di una condotta omissiva penalmente rilevante in capo al garante. Si tratterebbe, per il vero, di condotte attive di tipo agevolativo e, in ogni caso, si prescinde da un'effettiva indagine circa i poteri realmente impeditivi in capo al responsabile in questione. Vero è che il termine "garante", viene utilizzato, altresì, in "senso lato", come soggetto deputato al governo di una sfera di rischio nelle organizzazioni complesse, per circoscrivere l'effetto espansivo della teoria condizionalistica, in contesti dove concorrono diverse sfere di responsabilità, a cui fanno capo differenti titolari<sup>193</sup>; non si può, però, non rilevare come l'imputazione di una responsabilità, a titolo di concorso omissivo nel reato, non possa prescindere da un'indagine circa l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al RSPP, pena l'emersione di forme occulte di responsabilità "di posizione". Non mancano, infatti, pronunce di segno opposto, in cui si rileva che, pur svolgendo importanti funzioni di

---

<sup>192</sup> In tal senso, Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32195, in *Dejure*; Cass., sez. IV, 16 dicembre 2009, n. 1834, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821 con nota di M. L. MINNELLA, *Infortuni sul lavoro e posizioni di garanzia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013; Cass., Sez. IV, 6 giugno 2013 (dep. 19 agosto 2013), n. 35115, con nota di L. M. PELUSI, *Competenza per il rischio e responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza sul lavoro: le figure del committente, dei coordinatori per la sicurezza e del RSPP*, in *Cass. pen.*, 2014, 2606.

<sup>193</sup> Cfr. *supra*, Sez. III, par. 1.

supporto informativo, valutativo e programmatico, questa figura è, comunque, priva di poteri gestori, decisori e di spesa, che gli consentirebbero di intervenire per impedire l'evento lesivo; mentre, sarebbe il datore di lavoro deputato a recepire e a dover, pertanto, intervenire, a fronte di segnalazioni, raccomandazioni, consigli precauzionali e prevenzionali, espressi dagli addetti al servizio<sup>194</sup>.

La questione è differente quando al RSPP viene conferita una specifica delega di funzioni in materia di sicurezza cioè quando, con distinto incarico, venga investito del compito di provvedere alle misure precauzionali, con contestuale conferimento di poteri attuativi; ci si domanderà, dunque, se così possa o meno costituirsi su quest'ultimo una posizione di garanzia estranea ed autonoma, rispetto alle mansioni sue proprie<sup>195</sup>.

#### **6. (Segue.) La posizione di garanzia del medico responsabile**

Già con il d.lgs. n. 626/1994 la figura del medico responsabile veniva delineata nell'ambito della sicurezza sul lavoro, tuttavia, la formulazione attuale, ulteriormente affinata, si deve all'attuale testo normativo in vigore e dal decreto correttivo n. 109/2009. Il medico competente, ai sensi dell'art. 2 t.u., è colui che in possesso di specifici titoli formativi e professionali (di cui all'art. 38 t.u.) collabora, secondo quanto previsto dall'art. 29, comma 1, con il datore di lavoro, ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare, anche, la sorveglianza sanitaria (e per tutti gli altri compiti previsti dal d.lgs. n. 81/2008), in modo da colmare le inevitabili carenze di competenza del datore di lavoro, in materia di igiene e sicurezza sul lavoro.

La nomina del medico è obbligatoria<sup>196</sup>, però, solo nelle aziende per le quali la legge prevede la sorveglianza sanitaria obbligatoria (di cui all'art. 41, comma 1 t.u.), anche se

---

<sup>194</sup> In tal senso Cass., Sez. IV, 3 giugno 2014 (dep. 17 settembre 2014), n. 38100, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 13 novembre 2007 (dep. 20 febbraio 2008), n. 7709 in *Olympus*. Per questo filone interpretativo, difatti, al più al RSPP potrebbe muoversi un addebito quale concorrente nel reato omissivo improprio, ai sensi degli artt. 113, 41, comma 1 c.p. per avere indotto il datore di lavoro ad omettere una misura di prevenzione o di adottarne una efficace.; sul punto Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2010 (dep. 27 gennaio 2011) con nota di G. AMATO, *L'omissione fra scattare un concorso di colpa con il datore titolare della posizione di garanzia*, in *Guida dir.*, 2011, 10, 58.

<sup>195</sup> Per un'analisi su punto si veda C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, cit., 85 ss. Cfr. *postea* Cap. III, Sez. III, par. 3.1.

<sup>196</sup> La mancata nomina costituisce un obbligo datoriale penalmente sanzionato all'art. 55 t.u.

una parte della dottrina ritiene che questo obbligo sorga lo stesso, “di fatto”, quando la valutazione dei rischi evidenzia l’opportunità di predisporre la sorveglianza sanitaria<sup>197</sup>.

Gli obblighi del medico, disciplinati all’art. 25 del t.u., si possono suddividere in tre tipologie: obblighi di tipo collaborativo-valutativo, per l’individuazione dei rischi e la programmazione della sorveglianza sanitaria, di tipo gestionale, quali, per esempio, la redazione e la conservazione delle cartelle sanitarie di ciascun lavoratore, di tipo informativo comunicativo, sia nei confronti del datore di lavoro, sia del servizio di prevenzione e protezione, sia nei confronti dei lavoratori<sup>198</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che il medico competente, anche nello specifico ambito della sicurezza sul lavoro, rivesta un’effettiva posizione di garanzia, perché non ha una mera funzione esecutiva ma aiuta attivamente il datore di lavoro nell’individuazione delle modalità con cui fronteggiare i rischi, tenendo conto del progresso tecnologico<sup>199</sup>. Ne consegue che, non solo può rispondere del reato contravvenzionale, di cui all’art. 58, per non avere adempiuto agli obblighi previsti nel testo di legge ma quando la condotta doverosa venga omessa, può rispondere anche per i reati di evento, di cui all’art. 589 e 590 c.p., in combinato disposto con la clausola di equivalenza, di cui all’art. 40 cpv. c.p., previo accertamento di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità omissiva (non solo l’esistenza di una posizione di garanzia a suo carico)<sup>200</sup>.

In conclusione, il sistema di norme del d.lgs. n. 81/2008, ritrae una molteplicità di posizioni di garanzia destinarie dirette delle norme antinfortunistiche, nell’ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, prescindendo da un’eventuale “delega di funzioni”, che “moltiplicherà” i centri di imputazione della responsabilità. Nella prassi, nelle

---

<sup>197</sup> In tal senso V. CONTRAFFATTO, *I soggetti coinvolti a titolo professionale*, in M. PERSIANI, M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza del lavoro*, Torino, 2012, 195.

<sup>198</sup> Classificazione proposta da S. TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, cit., 86.

<sup>199</sup> Cass., sez. IV, 6 febbraio 2001, n. 5037, in *Olympus*, in cui si denota che anche con la normativa previgente al medico responsabile in azienda non era conferita una funzione meramente esecutiva ma un’effettiva posizione di garanzia, in relazione, altresì, alle sostanze tossiche o comunque nocive (nello specifico si trattava di un caso di patologie amianto-correlate); più di recente, nella vigenza dell’attuale testo unico, Cass., Sez. IV, 27 maggio 2015, n. 22389, in *Olympus*.

<sup>200</sup> B. DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, cit., 73; non mancano pronunce di segno contrario in cui si sottolinea che al medico competente, nell’ambito della sicurezza sul lavoro, nell’individuazione e segnalazione di fattori di rischio delle lavorazioni e nell’elaborazione delle procedure di sicurezza, compete una funzione essenzialmente consultiva, ancorché attiva e propulsiva. Ne consegue che «non può essere chiamato a rispondere della mancata adozione di cautele antinfortunistiche nell’effettiva esecuzione del ciclo produttivo, posto che allo stesso spetta un’attività propositiva limitata al proprio ambito professionale». Così Trib. Di Taranto, 9 marzo 2021, in *Dejure*.



organizzazioni complesse, potrà capitare con frequenza, che siano chiamati a rispondere penalmente più garanti, in modo concorrente, spetterà, dunque, all'interprete o agli addetti ai lavori nelle aule di giustizia circoscrivere la latitudine del debito di sicurezza, condizionata dal delicato gioco di "spinte e contospinte"<sup>201</sup>, tra i diversi protagonisti del rapporto prevenzionistico<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Espressione particolarmente paradigmatica di C. BERNASCONI, *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., 15.

<sup>202</sup> Cfr. più ampiamente *postea* Cap. III, Sez. III, par. 4.



## **CAPITOLO II**

### **LA TEORIZZAZIONE DI UN MODELLO DI DELEGA DI FUNZIONI NEL DIRITTO PENALE.**

#### **SEZ. I – LA TESI “FUNZIONALISTICA” DELL’EFFICACIA OGGETTIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI.**

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il rapporto tra il reato proprio “funzionale” e il trasferimento della posizione di garanzia. - 3. Riserva di legge e volontà privata, due paradigmi inconciliabili? - 4. L’esclusione dall’ambito di applicazione della delega di funzioni del mero “incarico di esecuzione”. - 5. Il datore di lavoro di fatto e il suo irriducibile deficit di legalità. - 6. L’efficacia liberatoria della delega di funzioni per il dante incarico ed il possibile residuo obbligo di sorveglianza. - 6.1 I requisiti di efficacia per una valida delega di funzioni. Rinvio.

#### ***1. Premessa***

Nelle organizzazioni aziendali il garante si confronta sovente con la “distanza” che lo separa dalla fonte di pericolo e con la “spersonalizzazione”, che «appanna il carattere autonomo delle scelte dei singoli e disperde la colpevolezza»<sup>1</sup>. Per “diminuire” questa distanza viene in soccorso lo strumento della delega di funzioni, che se da una parte è necessario per spartire i compiti e le funzioni, al contempo complica l’individuazione del soggetto attivo penalmente responsabile poiché il destinatario del precetto penale, sempre più spesso, sarà diverso da chi concretizzerà l’attività delegata.

In questo capitolo si intende analizzare come è stato teorizzato lo statuto penale della delega di funzioni, poiché, come abbiamo visto in introduzione, le specificità del diritto penale non permettono un “trapianto giuridico” *tout court* di istituti simili, utilizzati in altri rami dell’ordinamento, che scardinerebbero i principi fondamentali della materia.

L’ambito nel quale la dottrina ha analizzato per la prima volta questo istituto è quello del diritto penale d’impresa, in particolare la sicurezza sul lavoro all’interno delle organizzazioni complesse, in cui le diverse fattispecie incriminatrici sono imputabili a

---

<sup>1</sup>T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni: l’organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell’ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 29.

determinati soggetti qualificati, primo fra tutti il datore di lavoro. La delega di funzioni, dunque, lambisce un altro istituto di parte generale del diritto penale, il reato proprio, che connota il diritto penale dell'economia, ove si rende necessaria la segmentazione del potere a capo di una pluralità di autori propri "responsabili", distinguibili per "ruoli" e "sfere di rischio"<sup>2</sup>.

La dottrina si è interrogata se con il trasferimento di determinati poteri e funzioni il soggetto delegato possa rispondere dei reati propri, per i quali il soggetto attivo deve rivestire una particolare qualifica e in che rapporti si pone questa qualifica con la titolarità delle funzioni e dei poteri momentaneamente trasferiti. Le principali teorie sulle delega di funzioni, come si vedrà, riconoscono la legittimità di questo strumento ma si differenziano in ragione di un diversificato inquadramento dogmatico del reato proprio e su come concepiscono l'efficacia della delega, se sul piano obiettivo, quindi della tipicità del fatto di reato, se sul piano dell'elemento soggettivo<sup>3</sup>.

## ***2. Il rapporto tra il reato proprio "funzionale" e il trasferimento della posizione di garanzia***

La premessa metodologica all'impostazione oggettiva, altrimenti detta anche penale-autonomista, sull'efficacia della delega di funzioni, che per prima si intende analizzare, presuppone un determinato inquadramento dogmatico del reato proprio.

Il problema della delega di funzioni, secondo questa tesi, difatti, non riguarda i reati comuni, quando, per esempio, il datore di lavoro delega una funzione ad un dirigente e quest'ultimo, in virtù della posizione ricoperta, realizza il reato di truffa, di cui all'art. 640 c.p. Dalla formulazione del reato si desume che la rilevanza penale del fatto è attribuibile a chiunque ed il trasferimento di funzioni è stato solo l'occasione

---

<sup>2</sup> Così come è stato acutamente messo in luce da C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 483; si veda anche sul punto A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 169; G.P. DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 815 ss.

<sup>3</sup> Sulla ricostruzione dogmatica della delega di funzioni si veda diffusamente T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 45 ss.

“naturalistica” - per il dirigente in tal caso - di commettere il fatto di reato, dato che la funzione acquisita non assume una particolare rilevanza in relazione al reato di truffa<sup>4</sup>.

Riguarda, invece, i reati propri ed in particolare il punto prospettico da cui analizzare la problematica si pone sulla scissione tra la qualifica formale della fattispecie propria e l'esercizio della funzione ad essa corrispondente, avente penalistico rilievo, quando il soggetto qualificato/ datore di lavoro delega, per esempio l'esercizio di affari previdenziali, ad un dirigente, che concretizza l'omissione penalmente rilevante<sup>5</sup>.

Il reato proprio del diritto penale d'impresa è caratterizzato da posizioni qualificate non di fatto, bensì di diritto, vale a dire definite da elementi normativi, con cui la qualifica del soggetto viene definita da concetti giuridici extrapenalistici. L'impianto argomentativo della dottrina oggettiva-fuzionalista sulla delega di funzioni si fonda sulla concezione di questa fattispecie incriminatrice come reato “funzionale”, nel quale il soggetto attivo non necessariamente è titolare di una “qualifica soggettiva” ma che, all'esito di un procedimento interpretativo, è, invece, titolare di un qualche potere/dovere extrapenalistico, sottointeso alla qualifica<sup>6</sup>.

L'inquadramento dogmatico del reato proprio<sup>7</sup> è una tematica di più ampio respiro, che non si può adeguatamente approfondire in questa sede ma qui si riporta la teoria sul

---

<sup>4</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 12.

<sup>5</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 13 ss.

<sup>6</sup> In questo senso A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 13 ss.; con sfumature parzialmente differenti, A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 21 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 202 ss.; E. PALOMBI, *La delega di funzioni nel diritto penale di impresa*, in *Giust. Pen.*, 1985, 680 ss.

<sup>7</sup> Sono tre le teorie elaborate sulla natura giuridica del reato proprio, quello della norma propria, della fattispecie propria e del bene giuridico proprio. La prima, la più risalente, quella della norma propria individua la peculiarità del reato proprio nella direzione a cui è rivolto il precetto penale perché la legge penale, in tal caso, sarebbe sì generale ma con limitata sfera di applicazione, essendo rivolta solo a coloro che fanno parte della cerchia delle persone dotate di particolari diritti ma anche di particolari doveri penalmente sanzionati. La teoria della fattispecie propria, invece, concepisce la linea di demarcazione tra reati propri e reati comuni nel fatto che nei primi la realizzazione della fattispecie è limitata a soggetti con particolari qualità naturalistiche o giuridiche ove anche l'estraneo sarebbe in grado di “intaccare” l'oggettività giuridica protetta dal reato ma non è punibile perché la sua condotta non sarebbe conforme alla fattispecie (Tra questi, M. GALLO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 763; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, ed. agg. da P. NUVOLONE, G. D. PISAPIA, Torino, 1981, 643. La terza corrente interpretativa al suo interno, in verità, raggruppa diversi orientamenti, accumulati dalla medesima obiezione per cui le teorie precedentemente enunciate siano incapaci di conferire un fondamento autonomo al reato proprio. Per contro, questo sarebbe rappresentato dal particolare bene giuridico sotteso alla fattispecie incriminatrice, aggredibile soltanto da determinati soggetti (tra questi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 116; G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, 43 ss.). Una prima variante di questa impostazione, la teoria del bene giuridico speciale, sostiene che il particolare atteggiarsi di questi beni giuridici giustifica la formulazione di disposizioni penali, che impongono a taluni soggetti particolari doveri connessi alla loro posizione, stante “l'accessibilità” agli stessi da parte di costoro. La specialità si connota, secondo una prospettiva, come possibilità di offesa solo da parte di particolari

reato proprio “funzionale”, presupposto della teoria sull’efficacia oggettiva sulla delega di funzioni. Questa teoria abbandona l’idea di una dogmatica unitaria del reato proprio ma distingue diverse tipologie di reati propri, a seconda della funzione, che rivestono le qualifiche soggettive all’interno della fattispecie incriminatrice. Brevemente, vi sono delle qualifiche, la cui funzione si esaurisce nella definizione del disvalore materiale della fattispecie, ovverossia si limitano ad una tipizzazione del fatto, attraverso una più precisa descrizione della fattispecie e la qualifica personale si esaurisce in un elemento fattuale<sup>8</sup>. Una seconda categoria di reati propri, i c.d. “reati propri d’obbligo”, è integrata da qualifiche soggettive, la cui funzione non si risolve nella definizione del bene giuridico tutelato ma esprimono una particolare posizione di vicinanza di un soggetto qualificato agli stessi bene giuridici tutelati, preesistente alla norma incriminatrice<sup>9</sup>. L’ordinamento giuridico pretende da questi soggetti un particolare dovere, di salvaguardia del bene giuridico ed è solo la titolarità dello stesso, che fa assumere ad un agente il ruolo di soggetto attivo del reato<sup>10</sup>.

Una terza categoria ricomprende le fattispecie incriminatrici in cui la qualifica esprime un particolare profilo di colpevolezza, come accade, per esempio, nell’infanticidio, in cui il trattamento sanzionatorio meno severo sulla madre si giustifica

---

soggetti (G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1998, 873); secondo un’altra prospettiva come capacità di difesa da parte del soggetto attivo, richiamando il concetto di posizione di garanzia, che fonda un obbligo di tutela conseguente all’affidamento del bene all’*intraneus*. Una seconda variante è la teoria del doppio bene giuridico che sostiene che vi possano configurare due lesioni al bene giuridico una prima solo dal soggetto qualificato, mentre una seconda da chiunque (Tra questi, S. MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri*, in *Giur. it.*, 1948, 26). Tuttavia, le teorie che hanno cercato di ricondurre ad unità la categoria “reato proprio” non sono mai risultate esenti da critiche; la dottrina maggioritaria, difatti, ne sottolinea la complessità e l’eterogeneità alla luce delle funzioni di volta in volta ricoperte dalle qualifiche personali (la c.d. analisi funzionale del reato proprio). Sul punto si veda ampiamente M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 137 ss.; ID., *Il reato proprio*, in *Studium Iuris*, 2008, 557 ss.; A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., 2005, 122 ss

<sup>8</sup> Altrimenti detti reati propri a qualifiche fattuali. Tra questi vi rientra il delitto di incesto, per esempio, che per alcuni autori proprio per il fatto che il disvalore penale sembra essere rappresentato solo dalla qualifica personale piuttosto che per una modalità della condotta il reato proprio, assume la struttura di un reato di mano propria. In tal senso B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, in GA 1986, 314. Nella dottrina italiana per una ricognizione del suo pensiero si veda M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 207.

<sup>9</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformender Straftat*, München, 2003, 106. Sul punto si veda nella dottrina italiana E. VENAFRO, voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 342.

<sup>10</sup> Come si vedrà nel corso del presente lavoro è proprio A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 19 ss. principale fautore della teoria oggettiva della delega di funzioni, che accoglie questa teoria.

per la condizione di abbandono materia e morale in cui versa<sup>11</sup>. Infine, vi sarebbero anche delle qualifiche personali non incidenti sul piano della rimproverabilità soggettiva ma aventi mera funzione di circoscrizione della punibilità del fatto ed andrebbero a connotare i c.d. “reati propri non esclusivi”<sup>12</sup>.

Tornando all’analisi della delega di funzioni, secondo questa impostazione oggettiva, dall’analisi del dato testuale delle fattispecie incriminatrici proprie del diritto penale d’impresa emergerebbe un duplice e opposto rilievo: in alcune fattispecie, la lettera della norma individuerrebbe testualmente il soggetto attivo, con riferimento ad una qualifica avente dei presupposti extrapenalistici di una tale precisione, dai quali non si hanno indizi per desumere l’efficacia di un trasferimento di una funzione. Mentre, in altre, si può ipotizzare che la legge penale connoti di disvalore i reati propri, in base alla funzione posta in essere e non alla qualifica extrapenalistica posseduta, perché queste fattispecie stesse richiamerebbero la titolarità di una funzione, senza fare riferimento alla titolarità della qualifica soggettiva extrapenalistica<sup>13</sup>.

Nelle fattispecie omissive improprie, anche a prescindere dalla particolare qualifica extrapenalistica, il titolare degli obblighi di sicurezza, se violati, dovrebbe rispondere, ai sensi dell’art. 40, comma 2 c.p., rientrando nel novero dei soggetti attivi. Ancora, si evidenzia che, anche in altre fattispecie omissive proprie del diritto penale del lavoro viene sanzionato chiunque, per esempio, ometta cautele, ai sensi dell’art. 437 c.p. in ragione di una determinata funzione, al cui interno è ricompreso tale obbligo, indipendentemente dalla qualifica formale. L’obbligato principale sarebbe in questo caso il datore di lavoro, titolare dei maggiori obblighi in materia antinfortunistica, tuttavia rientrerebbe nel novero dei soggetti attivi chiunque titolare della funzione, quindi anche trasferita, a cui fa capo il relativo obbligo<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> E. M. AMBROSETTI, *L’infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992.

<sup>12</sup> Per tutti si veda, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, 2020, 109. L’autonomia di questa categoria è discussa perché, secondo parte della dottrina, nonostante non se ne possa negare in astratto l’ammissibilità, nel nostro ordinamento la qualifica soggettiva connoterebbe sempre il disvalore del fatto di reato. Sul punto, ampiamente, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 221 ss.

<sup>13</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 71 ss.

<sup>14</sup> Altre fattispecie vengono annoverate dal Fiorella come facenti riferimento all’esercizio di una funzione, quali la disposizione, di cui all’art. 676 c.p. (rovina di edifici e di altre costruzioni), che non parla di un soggetto attivo in possesso di una particolare qualifica ma di “chiunque” abbia avuto parte nel progetto o nei lavori concernenti un edificio; altre fattispecie fanno riferimento ai concetti di “dipendenti” o di “personale incaricato” (per esempio agli artt. 15 e 16 dell’allora vigente D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136 ovvero all’art. 13 del D.L. 15 dicembre 1979 n. 625 convertito nella L. 6 febbraio 1980 n. 15).

L'interprete anche nei casi in cui la lettera della norma sembra ancorare imprescindibilmente la qualifica extrapenalistica all'esercizio della relativa funzione, non si dovrebbe fermare ad un'interpretazione letterale della fattispecie incriminatrice, ma operare un'interpretazione logica della fattispecie incriminatrice, affinché la qualifica soggettiva non dipenda esclusivamente da principi di altre branche del diritto. A tal fine, si consideri che il diritto penale ha una sua autonomia, per cui, alcuni termini, una volta inseriti all'interno di una fattispecie incriminatrice, perderebbero necessariamente il loro significato extrapenale, pur conservando un nucleo semantico fondamentale autoctono<sup>15</sup>.

L'obiezione, che viene mossa all'analisi della fattispecie propria in chiave funzionalistica, è che il disvalore della condotta incriminata, però, dipenda, proprio, dalla qualifica soggettiva del soggetto attivo. A ciò la dottrina in commento ribatte che, in queste fattispecie proprie omissive, il disvalore normativo risiede solo nella violazione del dovere e/o nell'abuso del potere facenti capo alla posizione di garanzia, sottesi alla qualifica soggettiva. Ne consegue che la titolarità della qualifica non accrescerebbe il contenuto dell'obbligo e del potere ma è esclusivamente frutto di una scelta legislativa «“stabilizzare” su certi soggetti determinate posizioni di garanzia, in quanto titolari di una particolare qualifica extrapenalistica». Quando ciò non avviene, perché la funzione avente penalistico rilievo è concretamente esercitata da un altro soggetto, allora vuol dire che debba essere considerato quest'ultimo soggetto «“garante” del corretto esercizio della funzione, non meno che l'esercente la medesima funzione che pur sia qualificato extrapenalisticamente secondo quel che appare *prima facie* dall'indicazione letterale della disposizione incriminatrice». È alla posizione di garanzia che si collegano i valori protetti penalmente e l'accrescimento del disvalore, qualora il titolare della stessa sia responsabile del suo non corretto esercizio<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup>A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 100 ss. specifica che questa interpretazione logica delle fattispecie penali, aventi elementi normativi extrapenalistici, non deve oltrepassare l'esigenza di unitarietà con le altre branche dell'ordinamento a cui la fattispecie fa riferimento. Anche G. BETTIOL, *Concetto giuridico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, in *Riv. it.*, 1967, 4 ss.; R. PANNAIN, *Il possesso nel diritto penale*, Roma, 1946, 40 ss. precisa che l'interprete non possa arbitrariamente interpretare la nozione penalistica. Difatti, in prima battuta, vige la presunzione che abbia lo stesso significato di quello extrapenalistico, altrimenti occorre trovare una giustificazione giuridica, che assegni a quel termine nella fattispecie incriminatrice un significato diverso da quello extrapenalistico, tale per cui sia la stessa formulazione della norma che lo suggerisca o l'accertamento della funzione della norma o dell'istituto nel sistema penale.

<sup>16</sup>A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 110-111.



In altri termini, se sotto il profilo del rischio di impresa civilistico, per esempio, è logico che l'imprenditore non si svesta della sua qualifica, con un trasferimento di una sua funzione al dipendente e viceversa il dipendente non assume in tal modo ad imprenditore, dal punto di vista penalistico, invece, non si può far dipendere il disvalore di una condotta, integrante una fattispecie incriminatrice, esclusivamente dal dato formale, quale la qualifica, a discapito dell'esercizio, in concreto, delle relative funzioni.

La dottrina oggettiva, dunque, interpreta i reati propri del diritto penale di impresa come fattispecie "funzionali", perché individua la rilevanza penale del soggetto attivo, non in chi è titolare, in via primaria, della qualifica extrapenalistica, bensì nell'incaricato, che esercita la funzione corrispondente. Tale operazione ermeneutica non sarebbe un'analogia *in malam partem*, in primo luogo, per l'elasticità riscontrata nella formulazione degli elementi costitutivi in alcune fattispecie incriminatrici dello stesso legislatore, in cui la particolare posizione rivestita dal soggetto agente non permette l'individuazione di un significato univoco; in secondo luogo, anche per le altre fattispecie, in cui il tenore letterale della norma sembra inequivocabilmente riferito ad un soggetto attivo specifico, è necessario che un elemento normativo extrapenalistico si interpreti alla luce della *ratio* penalistica, poiché il disvalore penale non si basa sul possesso della qualifica ma è «collegato al non corretto esercizio della posizione di garanzia assegnata all'esercente la funzione, la quale rimane uguale a se stessa quale che sia il rivestimento formale del suo titolare». Pertanto, si concretizza un valido trasferimento di funzioni<sup>17</sup> quando l'ordinamento non "stabilizza" sul soggetto provvisto della qualifica soggettiva extrapenalistica l'esercizio della funzione corrispondente. Ne consegue che dovrebbe rispondere penalmente l'incaricato, essendo titolare della funzione trasferita, dalla quale dipende il disvalore penale e non il dante incarico, nella misura in cui, nonostante sia munito di formale qualifica soggettiva extrapenalistica, abbia, ormai, traferito la relativa funzione<sup>18</sup>.

Una precisazione sul rapporto tra reato omissivo improprio e il reato proprio è a tal punto necessaria, considerata l'esposta stretta connessione tra la dogmatica del reato commissivo mediante omissione e il reato "proprio d'obbligo"<sup>19</sup>, anche per meglio

---

<sup>17</sup> L'Autore usa questa espressione come più appropriata rispetto alla terminologia "delega di funzioni". D'ora in avanti si useranno entrambe le diciture.

<sup>18</sup>A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 114-115.

<sup>19</sup> Cfr. *supra* nota 8.

comprendere gli sviluppi successivi della teoria oggettiva sulla delega di funzioni. Attenta dottrina ha, difatti, messo in luce che «l'art. 40 cpv. c.p., integrandosi, nei limiti consentiti dalla applicabilità della clausola di conversione, con le fattispecie di parte speciale dà origine ad altrettante fattispecie che riproducono i tratti caratteristici dei reati propri d'obbligo: una qualifica personale che, anche in assenza di una specifica descrizione legislativa, viene desunta dalla titolarità di una posizione di garanzia a protezione del bene, che fonda l'obbligo giuridico di impedire l'evento. Orbene, se non si riduce la clausola di equivalenza ad un mero meccanismo di equiparazione della condotta omissiva a quella attiva e si concorda sulla inclusione dei reati omissivi impropri nella categoria dei reati propri d'obbligo, risalta ancor più il carattere strumentale del dovere di impedimento.»<sup>20</sup>.

Una simile argomentazione colma efficacemente, secondo chi scrive, il “salto logico”, che si presenta nella tradizionale dogmatica, in chiave funzionale, della delega di funzioni, tra reato proprio e posizione di garanzia<sup>21</sup>.

### **3. *Riserva di legge e volontà privata, due paradigmi inconciliabili?***

Tra le principali critiche mosse alla teoria funzionalista sulla delega di funzioni vi è la possibile violazione del principio di legalità poiché, attraverso un atto privatistico del delegante, verrebbe trasferita una posizione di garanzia in capo al delegato, da cui dipende la responsabilità penale, nonostante il soggetto agente sia sprovvisto di quella qualifica formale richiesta dalla fattispecie incriminatrice<sup>22</sup>.

Secondo gli esponenti di questa tesi la volontà individuale non “crea” un precetto penale ma trasferisce la mera titolarità di un elemento normativo della fattispecie penale, al cui configurarsi si determina in capo al soggetto titolare di quest'ultimo la responsabilità penale. In altri termini, la posizione di garanzia, sottesa nelle fattispecie incriminatrice propria, non verrebbe ceduta, scardinando in tal modo la vincolatività del precetto penale, bensì verrebbe trasferita la situazione fattuale, ovverossia l'esercizio della funzione extrapenalistica, a cui l'obbligo si collega. La volontà individuale in tal modo, non sarebbe

---

<sup>20</sup> In tal senso, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 220-221.

<sup>21</sup> Sulla differenziazione della delega di funzioni nei reati omissivi impropri, nei reati omissivi propri e nei reati commissivi T. VITARELLI, *Delega di funzioni*, cit., 414 ss.; sui profili di intersezione tra il reato proprio e la delega di funzioni si veda anche M. PELISSERO, *Il reato proprio*, cit., 565.

<sup>22</sup> Per tutti si veda T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Milano, 1983, 63 ss.

l'origine della qualificazione extrapenalistica rilevante penalmente, ma l'origine dello stato di cose, a cui quest'ultima si collega<sup>23</sup>.

#### ***4. L'esclusione dall'ambito di applicazione della delega di funzioni del mero "incarico di esecuzione"***

Giunti a questo punto della trattazione, una volta chiarita la concezione di reato proprio "funzionale" si possono delineare le "linee guida" della teoria oggettiva sulla delega di funzioni.

Una distinzione preliminare si deve delineare tra l'"incarico di funzioni" e l'"incarico di mera esecuzione". Il primo presupporrebbe la cessione della posizione di garanzia e avrebbe efficacia sul piano della tipicità del reato, il secondo, invece, prevedrebbe la mera esecuzione materiale di un compito, da parte del delegato, senza che il delegante si spogli della sua posizione di garanzia, sempre che la legge non escluda direttamente l'esecuzione da parte di un soggetto diverso dall'intraneo; l'incarico di esecuzione non influirebbe sulla posizione, avente rilievo giuridico-penale del delegante ma su una diversa valutazione della colpevolezza, di chi si serve di una terza persona (il delegato) per eseguire un compito. Pertanto, secondo la teoria oggettiva un trasferimento operante sul piano dell'elemento psicologico del reato altro non potrebbe essere che una delega di esecuzione e non una delega di funzioni, da cui discende, invece, una cessione della posizione di garanzia e quindi una diversa determinazione della responsabilità penale, sul piano dell'elemento oggettivo della fattispecie<sup>24</sup>.

Con l'incarico di esecuzione si grava il delegato di obblighi di contenuto più limitati (rispetto a quelli afferenti ad un trasferimento di funzioni) tali per cui, nonostante l'esecutore sia in condizioni di particolare vicinanza con il bene giuridico, non ha quella sfera di signoria necessaria, per configurare una posizione di garanzia ma potrebbe, al

---

<sup>23</sup> In tal senso A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 160; con argomentazioni parzialmente simili A. PAGLIARO, *Problemi generali*, cit., 21, secondo cui non vi sarebbe violazione del principio di legalità, perché la teoria funzionalista attribuirebbe al principio di legalità quel significato sostanziale necessario alle esigenze del diritto penale. «Se la qualificazione di un autore dipende da un complesso di funzioni che gli sono proprie, se la condotta tipica si riferisce alla violazione dei doveri inerenti a questa sfera di funzioni, che svolge effettivamente queste funzioni si trova nella posizione richiesta dalla legge penale ed è perciò "legittimato" a violare le norme sul reato proprio».

<sup>24</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 45 ss.

più, rispondere di concorso nel reato proprio del dante incarico<sup>25</sup>. Come si approfondirà, l'incarico di funzione, invece, ha un effetto liberatorio, che esclude la responsabilità del dante incarico, per il solo fatto di esistere. Con l'incarico di esecuzione muta la modalità di esecuzione, perché si realizza il fatto, tramite un'altra persona, ma non la misura dell'impegno dovuto da chi conferisce l'incarico. Si dovrà valutare, dunque, se il dante incarico poteva prevedere ed impedire l'eventuale violazione dell'incaricato. Solo qualora si realizzasse un comportamento abnorme dell'incaricato, da escludere il dolo in una fattispecie dolosa e la colpa in una colposa, il dante incarico non risponderebbe<sup>26</sup>.

La conseguenza della distinzione tra incarico di funzioni ed incarico di mera esecuzione ricade nella diversa latitudine dell'obbligo di sorveglianza richiesto al dante incarico, rispetto all'incarico eseguito a mezzo di un'altra persona. Nell'incarico di esecuzione è necessario un obbligo di vigilanza più penetrante, a garanzia del bene giuridico, dato che il delegato è sprovvisto di una posizione di garanzia. Una tale ripartizione di compiti si ritiene ammissibile limitatamente alle imprese di scarse dimensioni, altrimenti condurrebbe ad una "spersonalizzazione della responsabilità" del dante incarico, che non potrebbe efficacemente concretizzare il suo ruolo da sorvegliante<sup>27</sup>.

Queste riflessioni, a contrario, per la teoria oggettiva costituiscono la premessa alla necessaria configurazione di uno dei requisiti per una valida delega di funzioni, ovvero sia che l'impresa abbia dimensioni rilevanti, perché, con il trasferimento della posizione di garanzia, il delegato potrà, così, efficacemente tutelare il bene giuridico, oggetto di protezione.

##### **5. Il datore di lavoro "di fatto" e il suo irriducibile deficit di legalità**

---

<sup>25</sup> La teoria funzionale della delega di funzioni, come spiegato, avalla una concezione del reato proprio, che rigetta l'idea che la titolarità della qualifica sia determinata da una condizione di speciale favore per la difesa o l'offesa del bene giuridico.

<sup>26</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 50-51.

<sup>27</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 50 ss. In senso parzialmente conforme, tra gli autori che riconoscono il ruolo sul piano obiettivo della fattispecie della delega di funzioni, si veda G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 202, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 432 ss., C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 280 ss.

A giudizio di chi scrive sembra opportuno affrontare in questa sede, seppure per cenni, quell'impostazione che, non solo nell'ambito della delega di funzioni, ma più in generale in ambito penalistico riconduce le qualifiche soggettive anche a dati normativi non giuridici, bensì naturalistici, equiparando, in un certo senso, il titolare della qualifica "di diritto", al titolare della qualifica "di fatto". All'interno del complesso sistema dell'organizzazione aziendale c'è chi ha risolto il problema dell'individuazione del soggetto responsabile, guardando ai compiti ed alle mansioni svolte "in concreto"<sup>28</sup>. L'individuazione del titolare della posizione di garanzia non andrebbe ricercato nella legge, che collega il garante al possesso di una determinata qualifica giuridica, come per esempio quella di imprenditore o di datore di lavoro, utilizzando un criterio di tipo formale, bensì sulla base dell'esercizio "di fatto" dei poteri necessari all'adempimento dei relativi obblighi. Garante, dunque, non sarebbe il soggetto investito della qualifica ma chi concretizza le mansioni corrispondenti, perché da queste deriva il conseguente obbligo impeditivo. Con una simile premessa teorica, si intuisce che sarebbe improprio parlare di un vero trasferimento della posizione di garanzia dal soggetto formalmente investito della stessa al delegato, poiché l'obbligo nascerebbe in capo al delegato per il possesso fattuale dei poteri necessari per l'assolvimento di quella funzione<sup>29</sup>.

Sebbene questa dottrina abbia avuto il pregio di superare la possibile frizione con il principio di personalità della responsabilità penale, poiché la titolarità della posizione di garanzia sarebbe necessariamente correlata al possesso di poteri necessari per adempiere all'obbligo di impedimento, tuttavia, è stata oggetto di diverse critiche<sup>30</sup>. Per alcuni, si deve recuperare l'originario significato civilistico di una qualifica formale, dato che «nessun argomento che non sia di esclusiva convenienza politica permette di attribuire un significato autonomo, ai fini penali, a qualificazioni che sono soltanto il compendio di diritti e doveri creati dal diritto privato»<sup>31</sup>. Si sottolinea, altresì, che disancorare una

---

<sup>28</sup> In giurisprudenza, Cass., Sez. 18 febbraio 1965, in *Giust. pen.* 1966, 2., c. 693; Cass., Sez., 1 ° marzo 1965, in *Giust. pen.*, 1965, 2, c. 518; Cass., Sez. II, 2 febbraio 1976, in *Mass. Cass. Pen.*, 1976, m. 1371.

<sup>29</sup> U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino 1953, 1195; L. CONTI, *I reati fallimentari*, Torino, 1955, 44; R. ROVELLI, *Disciplina penale dell'impresa*, Milano, 1953, 36 secondo cui «Ai fini penali la preposizione all'ufficio va considerata generalmente sotto l'aspetto di effettivo esercizio del potere di gestione ed amministrazione [...]. Normalmente si esprime tale principio con la equiparazione dell'amministratore di fatto all'amministratore di diritto»; G. ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, 33; M. PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957, 18.

<sup>30</sup> Così messo in luce da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 431-432.

<sup>31</sup> In tal senso C. CRESPI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali: curiosità e stravaganze dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. società*, 1979, 610

qualifica giuridica da una base legale di riferimento, a favore di incerti criteri fattuali, comporterebbe una “scivolamento” della responsabilità penale su un livello intermedio dell’organizzazione aziendale, facendo venire meno all’obiettivo di non deresponsabilizzare il vertice aziendale, in relazione ai poteri organizzativi<sup>32</sup>.

È stato rilevato, in particolare, dalla corrente funzionalista che questa teoria prescinde discutibilmente dall’accertamento dell’esistenza dei presupposti fattuali, condizionanti il potere/dovere, contenuto nella funzione avente penalistico rilievo. La tesi oggettiva sottende sì una concezione sostanziale dell’omissione impropria per circoscrivere l’indefettibile presupposto dell’“effettività” del potere giuridico impeditivo dell’evento, ma non prescinde dal necessario substrato normativo di riferimento del potere stesso. Mentre, per quanto attiene all’equiparazione tra chi è titolare di un potere giuridico di offesa al bene giuridico a chi è “di fatto” nella posizione di potere naturalistico di offesa al bene giuridico, si fonderebbe su una teoria superata<sup>33</sup> del reato proprio, ovverossia quella del bene giuridico “speciale”, perché particolarmente esposto all’offesa da parte del solo soggetto intraneo.

Per tutto quanto fino ad ora esposto, la teoria “dell’effettività”, così come tradizionalmente formulata, che riconduce la titolarità di una particolare condizione personale a chi occupa “di fatto” una posizione di vantaggio per l’offesa del bene protetto<sup>34</sup>, non sembra possa costituire una valida premessa alla delega di funzioni<sup>35</sup>.

## ***6. L’efficacia liberatoria della delega di funzioni per il dante incarico ed il possibile residuo obbligo di sorveglianza***

---

<sup>32</sup> In tal senso, L. STORTONI, *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1173-1175. Tra le critiche, si ricorda la posizione di chi ha sottolineato che molto spesso questo “scivolamento della responsabilità” verso gli ausiliari del datore di lavoro significherebbe attribuire la qualifica di “datore di lavoro di fatto” anche ad un soggetto che, in realtà, esercita, in base ad un titolo valido ed efficace, in genere rappresentato da un contratto di lavoro subordinato, mansioni corrispondenti alla qualifica assunta e che pretendere di considerarlo datore di lavoro “di fatto” significherebbe attribuirgli una qualifica antitetica rispetto all’effettiva posizione rivestita. Si veda anche T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 76.

<sup>33</sup> Cfr. *postea* Cap. II, Sez. I, par. 1

<sup>34</sup> La critica in parola è stata rivolta dal maggiore esponente della teoria funzionalista sulla delega di funzioni, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 285 ss.

<sup>35</sup> Cfr. *postea* Cap. II, Sez. II, par. 1, in ordine alla concezione attualmente fatta propria dal d.lgs. n. 81/2008 del principio di effettività.

Tornando all'impostazione oggettiva-funzionalista, come ampiamente spiegato nei paragrafi precedenti, con il trasferimento delle funzioni e quindi dei relativi poteri/doveri giuridici, facenti capo al soggetto qualificato delegante, il delegato risponderebbe penalmente, pur sprovvisto di formale qualifica del reato<sup>36</sup>.

Questa tesi affronta la problematica della responsabilità del delegante sulla base dell'assunto che il titolo di responsabilità penale non possa essere il medesimo, come se il trasferimento di funzioni non vi fosse stato, poiché, logicamente, non può rimanere di medesimo contenuto la posizione di garanzia del delegante al mutare del contenuto dell'obbligo giuridico<sup>37</sup>.

Il Fiorella, maggior esponente della teoria funzionalista, distingue due diverse ipotesi, l'una in cui la delega di funzioni attiene a titoli di responsabilità omissiva, l'altra a titoli di responsabilità commissiva. Nel primo caso, quando la legge delinea fattispecie incriminatrici speciali di omissione, si ritiene che indichi «l'obbligo e l'obbligato cui vuol riferirsi, senza ulteriori possibilità di integrazione attraverso la disposizione generale dell'art. 40 comma 2»<sup>38</sup>, dato che la clausola di equivalenza sarebbe compatibile esclusivamente con i reati di azione.

La questione ruoterebbe, dunque, sulla posizione del delegante nei casi in cui, tramite l'esercizio di una delega di funzioni, risponda il delegato di un reato di azione, pur sprovvisto della qualifica formale ma titolare dei sottesi poteri/doveri facenti capo alla funzione trasferita. Sul punto, sono state tracciate differenti linee interpretative su come possa configurarsi un obbligo di sorveglianza a carico del delegante sull'attività del delegato, ovvero, se sia possibile ascrivere al delegante una responsabilità, di cui agli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., per omesso impedimento del reato del delegato. Le diverse posizioni si distinguono a seconda di come sottintendono la dogmatica del reato di omissione, se condividono la teoria formale, quella sostanziale o mista sulla posizione di garanzia.

Una volta che il garante/delegante si sia spogliato della sua funzione, un eventuale obbligo di sorveglianza generale non può essere delineato nel sistema normativo, perché non esiste una norma che prevede esplicitamente la responsabilità penale del sorvegliante

---

<sup>36</sup> Argomentando *a contrariis*, difatti, secondo il Fiorella, un trasferimento parziale dei poteri determina una liberazione parziale dalle responsabilità penali. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 174.

<sup>37</sup> Secondo questa teoria può, invece, rispondere penalmente il delegante quando riassume su di sé le funzioni delegate.

<sup>38</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 183.

per l'omesso impedimento del fatto del subordinato. Né tanto meno si riesce a desumere un obbligo di sorveglianza da norme penali o extrapenali che, pur non incriminando direttamente l'omesso impedimento del fatto dell'incaricato, possano fornire la fonte dell'obbligo giuridico impeditivo<sup>39</sup>. Questa dottrina ha anche affermato, condivisibilmente, che non si può equiparare l'obbligo di sorveglianza agli obblighi realmente impeditivi, di cui all'art. 40, comma 2 c.p., con cui il legislatore affida il bene giuridico al garante, che è titolare di un obbligo di intervento così penetrante da garantire l'effettivo impedimento dell'evento (*rectius* reato)<sup>40</sup>. Inoltre, sul delegante non residuerebbe un obbligo di sorveglianza anche perché andrebbe a confliggere con l'effettiva autonomia del delegato, requisito necessario ai fini di una valida delega di funzioni<sup>41</sup>.

Profili di responsabilità penale, secondo un'impostazione parzialmente dissimile, si potrebbero, invece, ascrivere in capo al delegante qualora venisse a conoscenza casualmente di inadempienze del delegato e non intervenisse. In tal modo si potrebbe delineare una responsabilità a titolo concorsuale del delegante, *extraneus*, nel reato proprio del delegato *intraneus*, qualora sussistano tutti gli elementi costitutivi dell'istituto concorsuale. In tal caso non risponderà di una fattispecie autonoma unisoggettiva per violazione di un asserito obbligo di sorveglianza ma di concorso nel reato proprio dell'intraneo, se quest'ultimo ha materialmente posto in essere la condotta criminosa, ovvero se ha istigato o aiutato l'estraneo a compierlo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Il Fiorella dedica un'ampia analisi delle diverse norme dell'ordinamento da cui, *prima facie*, si può desumere un obbligo generale di sorveglianza in capo al delegante ma che, in realtà, si rivelano incapaci di fornire un principio generale in tal senso: per esemplificare, la norma, di cui all'art. 57 ss. c.p., in materia di stampa, è da considerarsi una figura autonoma di "omessa sorveglianza", la norma civilistica, di cui all'art. 2049 c.c., che prevede la responsabilità del padrone e del committente per il fatto del preposto non prevedrebbe la responsabilità penale per violazione di una norma cautelare, bensì avrebbe una diversa *ratio*, ovverossia quella di accertare l'inerenza dell'attività del preposto all'esercizio di determinate funzioni per poter ascrivere il rischio di impresa al padrone ed al committente, a prescindere dalla violazione di una norma cautelare. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 191.

<sup>40</sup> Il Fiorella condivide quella concezione della posizione di garanzia come signoria sul bene giuridico, a fronte dell'esistenza di determinati poteri impeditivi dell'evento lesivo per l'incapacità del titolare dello stesso di proteggerlo autonomamente.

<sup>41</sup> In tal senso E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, 277.

<sup>42</sup> Ha così osservato A. PAGLIARO, *Problemi generali*, cit., 1985, 23 ss., che aderisce alla tesi funzionalista, sebbene con delle sfumature differenti rispetto al Fiorella. In sintesi, proprio sul versante della responsabilità del delegante, estraneo, sottolinea che non può configurarsi una responsabilità autonoma, sulla base di una posizione di garanzia, di cui non ha più titolarità ma, quando il reato non è "di mano propria", secondo i principi generali del concorso nel reato proprio, realizzando una fattispecie plurisoggettiva eventuale. In particolare, se la condotta del soggetto qualificato è omissiva e la condotta tipica del reato proprio è omissiva ad integrarla basta il suo contributo omissivo, affinché possa rispondere



In definitiva, si denota che la corrente interpretativa, che assume che la delega di funzioni abbia un'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie, ritiene che la stessa abbia un effetto liberatorio sul delegante, che non può rispondere per un titolo di responsabilità autonomo, violando dei residui obblighi di sorveglianza ma, al più, può rispondere, secondo i principi generali del concorso nel reato proprio.

### ***6.1. I requisiti di efficacia per una valida delega di funzioni. Rinvio***

Una volta stabilite le ragioni alla base dell'efficacia sul piano della tipicità delle delega di funzioni, bisogna stabilire quali requisiti debba avere l'atto privatistico di trasferimento per una valida ed efficace delega di funzioni, tenendo, però, presente che una compiuta enucleazione degli stessi si avrà nel testo unico del 2008 che ha positivizzato l'istituto della delega di funzioni, nell'ambito della tutela della sicurezza sul lavoro.

Secondo la teoria funzionalista, per un valido trasferimento di funzioni quest'ultimo deve essere "effettivo", ovvero non deve dissimulare un'interposizione fittizia con lo scopo di nascondere le responsabilità; deve dotare, quindi, il delegato della necessaria autonomia rapportata alla funzione svolta, poiché, laddove manchi una sfera di autonomia, si rientrerebbe nella diversa ipotesi dell'incarico di esecuzione; in tal caso, non vi sarebbe un effetto esonerante del delegante, dato che il delegato non sarebbe dotato degli strumenti necessari all'espletamento delle relative funzioni. Laddove il dante incarico interferisca, invece, nell'attività del delegato, dotato della necessaria autonomia rapportata alla funzione, per poter implicare una reviviscenza di una sua responsabilità, deve comportare anche una riassunzione dei relativi poteri<sup>43</sup>.

---

anche l'estraneo; se la condotta tipica è commissiva e la materiale realizzazione è posta in essere dal soggetto non qualificato, allora il soggetto qualificato risponde per non avere impedito il reato solo se a suo carico si configura un obbligo realmente impeditivo e non una posizione di mera inerzia, che si ha quando non si accorge che altri stavano realizzando il reato proprio (in tal caso potrebbe direttamente mancare l'elemento obiettivo della fattispecie tipica, con conseguente non punibilità né dell'intraneo inerte né dell'estraneo). Esente da criticità sarebbe il concorso nel reato proprio quando la condotta dell'intraneo è commissiva. Distinguendo anche per l'estraneo la tipologia di condotta, il concorso nel reato proprio si potrebbe sempre configurare se l'estraneo avesse una condotta commissiva, come potrebbe essere quella d'istigazione, mentre risponderebbe per mancato impedimento del reato, solo se titolare di una posizione di garanzia, per l'effettiva presenza di poteri impeditivi del reato.

<sup>43</sup> In tal senso A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, 281-281.

Per quanto attiene il problema dei rapporti tra invalidità in sede civilistica dell'atto negoziale di delega e configurabilità della responsabilità in sede penale del delegato, nonostante non ci sia stato, dunque, un valido trasferimento di funzioni, si confrontano diverse impostazioni all'interno della stessa corrente interpretativa. Gli esponenti della c.d. "teoria riduzionistica", date le premesse teoriche illustrate in precedenza, riconducono la responsabilità penale a colui che effettivamente abbia compiuto l'azione o l'omissione. Ciò in considerazione del fatto che il soggetto attivo del reato è colui che ha "di fatto" occupato la posizione caratteristica del soggetto agente, indipendentemente dai requisiti extrapenalistici di validità per il trasferimento dei poteri e doveri relativi ad una determinata funzione<sup>44</sup>.

La tesi dell'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie, che analizza il reato proprio in senso funzionale, invece, come già illustrato, rimanda all'interprete il ruolo di definire come il legislatore abbia recepito gli elementi extrapenali nella fattispecie incriminatrice, senza tralasciare, in un contesto di autonomia tra branche dell'ordinamento, l'esigenza, comunque, di coordinamento. Si deve stabilire su quali presupposti minimi l'incaricato risulti essere titolare dei doveri e poteri, che costituiscono il limite della scissione tra la qualifica soggettiva ed esercizio della funzione, pur essendo sprovvisto di un titolo valido o efficace o addirittura agendo senza alcun titolo<sup>45</sup>.

In questa sede si può brevemente osservare che la teoria funzionalista distingue tra ipotesi di nullità del trasferimento e ipotesi di annullabilità. Quando l'atto è annullabile, essendo temporaneamente efficace, si considerano i poteri e di doveri, previsti dalla legge, presenti al momento del fatto di reato, non inficiando la possibile efficacia *ex tunc* della declaratoria di annullabilità<sup>46</sup>. Il vero nodo problematico attiene alle ipotesi di nullità, in cui non ci sono atti con effetto "precario", poiché l'atto è nullo *ab origine* e per cui sembra potersi escludere che si sia perfezionato, ai fini penalistici, un valido trasferimento di poteri/doveri sottesi alla funzione trasferita in capo all'incaricato<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Così F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 161; in senso parzialmente difforme G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 134 ss., 162 ss.

<sup>45</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 285 ss.

<sup>46</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 307; in senso conforme, pur partendo da premesse teoriche differenti, si veda C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa*, cit., 276; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 271 ss.

<sup>47</sup> Il Fiorella ritiene, però, che la nullità del trasferimento impedisca un valido trasferimento della posizioni di garanzia; teorizza, invece, il rilievo penale del non corretto esercizio della funzione, sotto il profilo del dovere e dell'abuso del potere esclusivamente quando operano due norme: la disposizione, di cui all'art. 2126 c.c., secondo la quale la nullità, oltre che l'annullamento del contratto di lavoro «non produce effetti

Anche il difetto di forma può, peraltro, essere causa di invalidità civilistica di un atto negoziale, quindi ne consegue che un ulteriore requisito della delega di funzioni risulti essere la forma dell'atto, con cui il trasferimento viene effettuato. Tuttavia, secondo questa tesi, sarà decisiva, in sede penale, nella misura in cui dalla stessa dipenda l'esistenza in capo all'incaricato dei doveri e poteri relativi a quella funzione<sup>48</sup>.

## **SEZ. II – LA TESI SOGGETTIVA DELL'EFFICACIA SCUSANTE DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

Sommario: 1. Il reato proprio nella concezione formale-civilistica. - 2. L'efficacia scusante della delega e i limiti all'obbligo di controllo del datore di lavoro. - 3. La posizione del delegato nel prisma dell'istituto del concorso nel reato proprio.

### ***1. Il reato proprio nella concezione formale-civilistica***

La teoria formale civilistica, altrimenti denominata teoria dell'efficacia soggettiva della delega di funzioni, parte dall'assunto per cui la qualifica soggettiva, essendo un elemento tipico del fatto di reato, impedisca che la delega di funzioni abbia un'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie, dato che il fatto tipico non può che configurarsi con quel soggetto attivo come elemento costitutivo. Nelle fattispecie omissive proprie è penalmente rilevante la violazione di un obbligo di agire e il legislatore avrebbe dato rilevanza ad una tra le tante inerzie prospettabili a carico dei soggetti dotati di poteri in un'azienda; pertanto, dare rilievo penale all'inerzia di altri sarebbe come spostare il piano della tipicità del reato, quale che siano i poteri e la posizione che riveste nell'organizzazione aziendale il soggetto attivo, perché si creerebbe una fattispecie incriminatrice diversa. La stessa considerazione si può estendere, secondo questa

---

per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione» e la disposizione, di cui all'art. 2028 c.c., che disciplina la gestione di affari altrui.

<sup>48</sup> Il massimo esponente della teoria funzionalista non ritiene che gli ulteriori requisiti, ovvero sia quello della "necessità", dell'"adeguatezza oggettiva" (l'adeguatezza dell'atto di trasferimento dal punto di vista organizzativo) e "soggettiva" (la capacità del delegato di garantire i beni penalmente tutelati) legittimino una delega efficace; ritiene che si possa avere una delega efficace in imprese di piccole dimensioni, mentre per quanto riguarda l'adeguatezza oggettiva e soggettiva ritiene che possano essere più dei limiti impliciti al potere di trasferimento. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 317 ss. In una trattazione recente di ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 306.

impostazione, alle fattispecie commissive proprie, dato che la condotta attiva tipica non può prescindere dal collegamento con la qualifica rivestita dal soggetto attivo<sup>49</sup>.

Tuttavia, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, taluni obblighi possono essere eseguiti anche da altri soggetti, a differenza di alcuni reati propri, in cui esclusivamente il titolare della qualifica potrebbe realizzare gli elementi della fattispecie tipica<sup>50</sup>. In ogni caso, però, «una volta che la materia del divieto sia ancorata alla qualifica, la tipicità ne risulta condizionata in maniera invalicabile»<sup>51</sup> e solo il soggetto dotato di formale qualifica richiamata dalla norma può conformarsi al precetto.

Già da quanto detto si coglie la differente premessa alla base della teoria soggettiva della delega di funzioni, rispetto a quella della teoria oggettiva, influenzata da un'opposta concezione del reato proprio, ovverossia come fattispecie in cui imprescindibilmente il soggetto agente deve essere il titolare della qualifica formale.

## ***2. L'efficacia scusante della delega e i limiti all'obbligo di controllo del datore di lavoro***

Questa corrente dottrinale osserva che, in senso civilistico, il datore di lavoro normalmente delega i compiti ad un collaboratore, essendo una sua scelta incontestabile la modalità attraverso cui adempiere agli obblighi penalmente sanzionati e non vi sarebbe ostacolo legislativo che un determinato risultato venga raggiunto tramite una terza persona<sup>52</sup>.

Ferma questa considerazione, in ogni caso il datore di lavoro sarà sempre tenuto ad un'attività di vigilanza e di controllo su colui che agisce come delegato, essendo il “capo dell'impresa”, ai sensi dell'art. 2086 del codice civile. Una volta scelta la modalità con cui adempiere al precetto, quest'ultimo, sul piano della tipicità, rimarrà, però, il “garante” del funzionamento dello strumento negoziale. Sul piano della colpevolezza, invece, si deve comprendere come nella struttura aziendale di riferimento, a seconda della maggiore

---

<sup>49</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 72.

<sup>50</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 72. L'Autore mette a confronto il divieto, di cui all'art. 8 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) che, ai fini dell'integrazione della condotta vietata, può essere concretamente posta in essere da un soggetto diverso dal datore di lavoro; mentre, alcune fattispecie sono costruite in funzione di una serie di elementi che, già di per sé, implicano la titolarità di una determinata qualifica e soltanto il soggetto qualificato, in definitiva può realizzare gli elementi del fatto tipico.

<sup>51</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 73.

<sup>52</sup> Si veda anche F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, 22.

o minore complessità si conformi la diligenza esigibile nell'osservanza degli obblighi penalmente rilevanti, dei quali comunque rimane titolare. Si dovrà, dunque, indagare se al delegante, rimanendo lui il titolare della posizione di garanzia dell'attività di impresa, possa essere mosso un rimprovero rispetto all'attività illecita del delegato, eletto per l'adempimento di un determinato compito<sup>53</sup>.

Questa teoria si contrappone nettamente alla teoria oggettiva, che considera la delega uno strumento capace di trasferire la posizione di garanzia in capo al soggetto delegato perché provvisto, sia pure a titolo derivativo, di quei poteri, che gli consentono di produrre i comportamenti prescritti dalla norma<sup>54</sup>. L'impostazione soggettiva, invece, ritiene che permanga in capo al datore di lavoro delegante la posizione di garante, che sarà tenuto, una volta scelto come mezzo di adempimento la preposizione di un delegato, ad una vigilanza, rispetto alla quale si dovrà valutare il limite concreto dell'esigibilità di una tale condotta.

La concreta esigibilità della condotta di vigilanza del soggetto qualificato-delegante sulla condotta del delegato si declina in considerazione di diverse variabili; tra queste si annoverano la dimensione dell'impresa e la sua struttura organizzativa, poiché in un'impresa di rilevanti dimensioni non si potrà pretendere un controllo minuzioso, che paralizzerebbe l'attività, mentre sarà necessario un controllo tanto più stringente, al diminuire delle dimensioni dell'impresa; una seconda variabile attiene all'affidamento che il delegante può riporre nei confronti del delegato, a seconda della sua posizione e delle sue funzioni. Si determinerà una maggiore diligenza nell'attività di controllo, al diminuire dei margini di autonomia del collaboratore e al contrario, al crescere dei margini di autonomia del delegato, si pretenderà un minore obbligo di controllo del delegante<sup>55</sup>.

### ***3. La posizione del delegato nel prisma dell'istituto del concorso nel reato proprio***

Resta ora da comprendere meglio come, secondo la tesi dell'efficacia soggettiva della delega, concorra il delegato nel reato del delegante, dato che quest'ultimo, con la

---

<sup>53</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 70-71.

<sup>54</sup> F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa*, cit., 32.

<sup>55</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 85 ss.

delega di mansioni, non si spoglia della posizione di garanzia ma rimane titolare di un obbligo di sorveglianza nei confronti del delegato.

Si distinguono due differenti situazioni, a seconda se il delegante si rende penalmente responsabile di un reato commissivo o di un reato omissivo proprio. In questa seconda ipotesi, quando il titolare dell'obbligo di fare penalmente sanzionato è il datore di lavoro può decidere liberamente di scegliere di adempiere tramite un collaboratore<sup>56</sup>. Se il delegato ad adempiere omette di agire in modo conforme alla legge penale, la responsabilità penale si configura per il solo fatto dell'inadempimento ma non si può non considerare che il datore di lavoro abbia concretamente delegato ad un terzo quel compito e che, così facendo, si assumerebbe il "rischio" di un inadempimento e l'onere di controllare che l'incarico venga svolto correttamente<sup>57</sup>. Si può, dunque, muovere un giudizio di rimproverabilità a carico del datore di lavoro, tenendo in considerazione le diverse variabili sovra enunciate (la dimensione, la struttura organizzativa dell'impresa e l'affidamento che il delegante può riporre nei confronti del delegato). Secondo questa impostazione, nonostante l'omissione penalmente rilevante rimanga a carico del datore di lavoro/soggetto qualificato, il fatto omissivo comunque si realizza, tramite l'inattività di colui, che è stato incaricato della prestazione. Questo contributo del delegato, a determinate condizioni, può essere causalmente rilevante, in ottica concorsuale, ai sensi dell'art. 110 c.p.<sup>58</sup>.

Frequentemente le fattispecie omissive proprie, nel diritto penale d'impresa, sono fattispecie contravvenzionali, che nella forma plurisoggettiva eventuale sono punite, anche per le condotte atipiche, ai sensi dell'art. 110 c.p. L'omissione del delegato, dunque, non sarebbe rilevante penalmente come violazione dell'obbligo giuridico, sanzionata nel reato proprio, ma come contributo concorsuale alla realizzazione del fatto

---

<sup>56</sup> Il maggiore esponente della teoria dell'efficacia soggettiva delle delega di funzioni è il Padovani e, secondo questa impostazione nell'accezione tradizionale, antecedente al testo unico vigente in materia di sicurezza sul lavoro, non ritiene che i soggetti sotto ordinati rispetto all'imprenditore possano, qualora siano garanti originari, a loro volta delegare una funzione. Ciò perché le norme previgenti non delineavano compiutamente la sfera di poteri/doveri in capo ad altri garanti, oltre al datore di lavoro e in ogni caso secondo l'Autore, qualora si possa davvero riconoscere un obbligo di garanzia in capo ad un soggetto diverso, allora la diligenza esigibile in capo al datore di lavoro sarà necessariamente ridotta ad un obbligo di controllo di massima. Così T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 83.

<sup>57</sup> G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 168; T. PADOVANI, «*Il grado della colpa*», in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 874.

<sup>58</sup> Tra i primi contributi monografici sul tema del concorso nel reato proprio da questa prospettiva si ricorda, G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, 435; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 102 ss.; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 120 ss.

omissivo. Il delegato, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., sarebbe responsabile penalmente per non avere impedito il fatto di reato, perché titolare di un obbligo giuridico (differente rispetto a quello sanzionato nella norma incriminatrice), che ha fonte, nella maggior parte dei casi, nel contratto, con cui è incardinata la sua posizione lavorativa all'interno dell'impresa. Quando la sua inattività è stata la conseguenza di una "politica di impresa", dal momento che non sarebbe investito di una posizione di garanzia autonoma, non potrebbe essere considerato penalmente responsabile, perché non ha violato alcun obbligo giuridico, né quello imposto al datore di lavoro dalla norma incriminatrice, né quello di fonte contrattuale; in tal caso, avrebbe esclusivamente eseguito gli obblighi impartiti dal datore di lavoro, che esaurirebbero il contenuto del suo obbligo giuridico di fonte contrattuale<sup>59</sup>.

Sicuramente meritorio di questa concezione è proprio il rifiuto dell'automatismo di imputazione penale a carico del delegato, in tutte quelle situazioni in cui, seppur quest'ultimo abbia margini di autonomia decisionale, o nonostante la dimensione rilevante dell'azienda potrebbe incidere sulla valutazione di una ridotta esigibilità dell'obbligo di controllo del datore di lavoro, l'inosservanza degli obblighi penalmente sanzionati costituisce espressione di una "politica di impresa", della quale il soggetto delegato è soltanto, di fatto, un mero esecutore<sup>60</sup>.

Per quanto attiene alle fattispecie commissive, la teoria soggettiva distingue i reati comuni dai reati propri in cui il soggetto attivo di talune fattispecie non è ricollegato, esplicitamente, alla qualifica di datore di lavoro, ma ad un potere gerarchico del datore di lavoro, *ex art. 2086 c.c.* Il delegato può essere ritenuto, comunque, responsabile penalmente di questi reati; tuttavia, il datore di lavoro, dato che risulterà sempre capo dell'impresa, potrà essere ritenuto responsabile penalmente, *ex art. 40, comma 2, c.p.* per non avere impedito il reato del delegato, che frequentemente sarà una contravvenzione, in cui è indifferente il coefficiente psicologico (se la condotta sarà in concreto esigibile nelle contravvenzioni colpose). Anche per le fattispecie commissive proprie - salvo nelle ipotesi di reato "di mano propria", in cui l'esecuzione deve avvenire solo da parte del soggetto qualificato - si può ricorrere all'istituto della fattispecie plurisoggettiva

---

<sup>59</sup> L'Autore specifica, inoltre, che per quanto riguarda l'elemento soggettivo del reato la categoria di reati in questione non presuppone che il soggetto qualificato abbia lo stesso coefficiente psicologico del reato proprio monosoggettivo e che quindi il delegato possa essere chiamato a rispondere anche quando il datore di lavoro/delegante sia risultato incolpevole. T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 95.

<sup>60</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 76-77.

eventuale, secondo lo schema dell'esecuzione frazionata dell'illecito. Pertanto, alla luce di questa considerazione, anche se l'esecutore materiale sarà il soggetto non qualificato, la tipicità della norma verrà "ricomposta" da una partecipazione del soggetto qualificato, in qualsiasi condotta concorsualmente rilevante, sia nella forma della determinazione o istigazione a commettere il reato, sia nella forma omissiva poc' anzi richiamata<sup>61</sup>.

### **SEZ. III – LA TEORIA MEDIANA E LA POSIZIONE DI GARANZIA DERIVATA**

Sommario: 1. Profili di problematicità delle tesi dell'efficacia oggettiva e dell'efficacia soggettiva delle delega di funzioni. - 2. Il tentativo di ricondurre gli effetti della delega alla luce del principio di affidamento. - 3. La concezione intermedia della delega di funzioni e la riconduzione dogmatica alla posizione di garanzia. - 4. Brevi cenni ai profili di interferenza tra la delega di funzioni e l'illecito plurisoggettivo colposo. - 5. Conclusioni provvisorie: luci e ombre sulla responsabilità penale del delegante per il reato del delegato.

#### ***1. Profili di problematicità delle tesi dell'efficacia oggettiva e dell'efficacia soggettiva delle delega di funzioni***

Le tesi sopra illustrate non sono riuscite a ricostruire l'efficacia della delega di funzioni senza dare adito a critiche.

Si evidenzia, secondo alcuni, che con il trasferimento di funzioni il delegante non sarebbe liberato totalmente dalla sfera di responsabilità penale, perché il contenuto della sua posizione di garanzia muterebbe solo di contenuto, permanendo su di lui un obbligo di vigilanza e controllo sull'attività del delegato<sup>62</sup>. La concezione funzionalista, sembra, dunque, avere sovrapposto due ambiti differenti, quello che riguarda propriamente la delega di funzioni, che dovrebbe comportare un trasferimento della posizione di garanzia, con quello che riguarda la successione nella posizione di garante. Il primo si connota di un aumento dei garanti preposti alla tutela del bene giuridico e per la mancata liberazione (per alcuni) del garante originario, mentre la successione nella posizione di garanzia comporta un avvicendamento di due soggetti nella titolarità dell'obbligo impeditivo, con

---

<sup>61</sup> Si veda sul punto anche C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa*, cit., 276.

<sup>62</sup> D. PULITANÒ, voce "Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)", in *Dig. scien. pen.*, VI, Torino, 1992, 107; similmente A. ALESSANDRI, voce "Impresa (responsabilità penali)", in *Dig. scien. pen.*, VI, Torino, 1992, 193 ss.



una cessione di tutti gli obblighi e i poteri facenti capo al garante precedente. Sul piano degli effetti, secondo questa impostazione, non si avrebbe, pertanto, alcun risultato differente, dato che il delegante/garante originario sarebbe direttamente esonerato dalla responsabilità penale, senza conservare un residuo compito di sorveglianza<sup>63</sup>.

Profili di cedevolezza dell'impostazione oggettiva-funzionalista<sup>64</sup> si riscontrano, altresì, con il principio di personalità della responsabilità penale, in tutti quei casi in cui il delegato, assumendo la funzione trasferita, potrebbe rispondere penalmente per un reato commesso nell'esecuzione della c.d. "politica di impresa"; per esemplificare, basti pensare alla limitazione delle decisioni gestionale di un "sottoposto", quando l'imprenditore limita il suo budget di spesa e per le quali, secondo questa teoria, dovrebbe rispondere il delegato esclusivamente<sup>65</sup>.

Altra parte della dottrina ha criticato la tesi funzionalista per non avere distinto propriamente la delega di funzioni nei reati comuni, dalla delega di funzioni nei reati propri, perché soltanto nella prima tipologia di reati la delega conferirebbe all'incaricato la stessa posizione del delegante, con una vera sostituzione della titolarità nell'obbligo giuridico, con un obbligo di intervento del titolare originario, solo se a conoscenza dell'attività antigiuridica. Mentre, nella seconda tipologia di reati, il dante incarico conserverebbe la titolarità dell'obbligo, assumendo il rischio dell'inadempimento dell'incaricato, salvo inosservanza del delegato imprevedibile ed inevitabile<sup>66</sup>.

Sconta dei profili di criticità anche la tesi dell'efficacia soggettiva della delega di funzioni. In primo luogo, l'ammissibilità *tout court* del concorso nelle contravvenzioni colpose, nello specifico ambito dei reati propri sconta in dottrina voci dissonanti sulla sua ammissibilità<sup>67</sup>. Dal lato del soggetto qualificato, vi sarebbe un inammissibile *vulnus* di tutela quando si riscontra l'impossibilità di configurare un concorso tra delegante e delegato, se manca l'omissione penalmente rilevante da parte del delegante-intraneo. Invece, dal lato del soggetto attivo privo di qualifica, la teoria amplia eccessivamente

---

<sup>63</sup> In tal senso, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 591.

<sup>64</sup> Per quanto attiene alle critiche alla teoria dell'efficacia oggettiva della delega di funzioni, che identifica il soggetto responsabile attraverso il parametro dell'esercizio di fatto delle mansioni (criterio dell'effettività) si veda in questo capitolo la Sez. I, par. 4.

<sup>65</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 94.

<sup>66</sup> T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 35, riprende la tesi giurisprudenziale ampiamente illustrata in Cass., Sez. III, 22 giugno 1998, in *Riv. pen.*, 1998, 1005.

<sup>67</sup> C. TRUCCO, *Responsabilità penale nell'impresa: problemi di personalizzazione e delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 782 ss.

l'area della responsabilità penale, dato che qualsiasi apporto colpevole alla realizzazione della condotta tipica appare sufficiente ad integrare il fatto di reato, anche se fosse in esecuzione di ordini gerarchici superiori<sup>68</sup>.

Infine, secondo chi scrive, non si comprende chiaramente che tipologia di obblighi di giuridici vi sarebbero in capo al delegato, che traggono origine dal contratto, con cui lo stesso è incardinato nella struttura aziendale e che fonderebbero l'obbligo impeditivo del reato, ascritto in capo al delegante/soggetto qualificato. In altri termini, non si comprende se sono propriamente obblighi di garanzia autonomi, di cui all'art. 40, comma 2, di fonte negoziale, dal momento che la teoria in parola nega che lo strumento della delega di funzioni possa fondare una posizione di garanzia derivata (e solo un garante può essere titolare di un obbligo di impedimento del reato).

## ***2. Il tentativo di ricondurre gli effetti della delega alla luce del principio di affidamento***

Nell'alveo di quelle correnti dottrinali correttive delle teorie fino ad ora illustrate si colloca la tesi, che intende ricostruire il dovere di controllo e di intervento del datore di lavoro delegante alla luce del principio di affidamento, che il delegante ripone nei confronti del delegato sul corretto adempimento dei compiti<sup>69</sup>.

Il principio di affidamento è quella regola, in forza della quale «ogni consociato deve limitarsi ad adottare le regole cautelari atte ad evitare che dalla propria condotta derivino eventi dannosi ai terzi, senza invece preoccuparsi che la stessa possa fornire ad altri l'occasione per comportamenti illeciti, siano essi sorretti da solo o colpa»<sup>70</sup>.

La premessa è costituita dalla riconduzione della normativa interna dell'impresa, nello specifico del contratto di lavoro stipulato tra datore di lavoro e gli altri soggetti che vi lavorano, nel novero delle discipline, di cui all'art. 43 c.p., quindi sul piano della diligenza. Secondo questa impostazione la delega di funzioni non avrebbe propriamente un'incidenza sull'ampiezza delle posizioni di garanzia del dante causa e dell'avente

---

<sup>68</sup> Ha messo in luce la mancanza di duttilità dello strumento concorsuale, D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, 4, 192; in tal senso, altresì, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 38.

<sup>69</sup> Si sta facendo riferimento alla trattazione monografica di M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*.

<sup>70</sup> Tra i tanti P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 104.

causa, ma l'efficacia della stessa andrebbe individuata negli obblighi di diligenza e del corrispondente affidamento dagli stessi ingenerato, perché l'atto di conferimento, considerata la sua finalità preventiva, si potrebbe annoverare nel quadro delle discipline, la cui inosservanza giustificerebbe un addebito per colpa<sup>71</sup>. Il garante primario/delegante può confidare sul rispetto da parte dei delegati/ausiliari delle norme di organizzazione interna dell'impresa, che distribuiscono le incombenze del datore di lavoro a questi soggetti, determinati dalla legge.

Il principio di affidamento del delegante è limitato ai poteri effettivamente assegnati, poiché egli rimane titolare di una parte residua degli stessi, conservando la posizione di garanzia corrispondente. Con lo strumento della delega, il datore di lavoro può fare affidamento sul rispetto della normativa interna da parte del delegato e sarebbe dispensato dai doveri di sicurezza posto dalla medesima. Tuttavia, la componente residua della posizione di garanzia riemergerebbe quando il delegante fosse a conoscenza, ovvero in condizione di avvedersi circa l'inadempimento dell'ausiliario. La possibilità di invocare il principio di affidamento sull'operato altrui verrebbe a mancare ed il delegante riassumerebbe gli obblighi in precedenza trasferiti, dovendo, anzi, intervenire per adempiere al posto dell'ausiliario. La delega, dunque, avrebbe sì un'efficacia liberatoria ma con una concorrente responsabilità del delegante, in caso non intervenisse, se fosse a conoscenza o in stato di conoscibilità delle violazioni del delegato. Questa inerzia, qualora fosse almeno colposa, configurerebbe una responsabilità concorsuale del garante primario, ai sensi della disposizione, di cui all'art. 40 cpv. c.p., avente efficacia causale rispetto l'illecito del garante aggiuntivo<sup>72</sup>.

La teoria in parola si è prestata a diverse critiche<sup>73</sup>, anche se, secondo chi scrive, ha il pregio di avere circoscritto la responsabilità del delegato entro e non oltre la sfera di potere a lui concreta attribuiti. Tuttavia, in primo luogo, si è osservato che, in materia di sicurezza sul lavoro, il principio di affidamento si scontra proprio con un suo limite logico, ovvero sia lo specifico obbligo del soggetto che gli impone, non di confidare

---

<sup>71</sup> Con le parole dell'Autore «l'atto di organizzazione interna con cui il datore di lavoro assegna ad un suo collaboratore l'assolvimento in via esclusiva di determinati compiti prevenzionistici si presenta come regola, l'inosservanza della quale, ad opera dell'assegnatario di quelle incombenze, rende prevedibile il verificarsi di quegli eventi dannosi o pericolosi, che il rispetto degli obblighi attribuiti – in forza di tale atto – all'incaricato tende a scongiurare». M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 358.

<sup>72</sup> M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 378 ss.

<sup>73</sup> Si veda in particolare P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 108 ss.

sull'altrui agire diligente bensì, in virtù della sua posizione di garanzia originaria, di prevenire o correggere l'altrui scorretto agire<sup>74</sup>.

La predetta teoria avrebbe attribuito non condivisibilmente il ruolo di norme cautelari ad atti di autonomia privata, che non hanno quel nesso diretto, che deve sussistere tra regola cautelare e tipologia di eventi, che la stessa dovrebbe prevenire. Inoltre, quando considera i garanti individuati dalla legge, piuttosto che da atti negoziali, esorbita dall'ambito di indagine della delega, perché in questi casi si tratta esclusivamente di ripartizione di competenza tra posizioni di garanzia originarie (e non derivate). Per tutte queste criticità, si condivide l'opinione per cui la teoria, che riconduce il funzionamento della delega di funzioni al principio di affidamento, non sia riuscita nel suo intento.

### ***3. La concezione intermedia della delega di funzioni e la riconduzione dogmatica alla posizione di garanzia***

La concezione, che si accoglie nella presente trattazione, è quella che riconduce il problema della delega di funzioni propriamente all'interno della dogmatica della posizione di garanzia.<sup>75</sup>

Secondo questa corrente interpretativa, con questo strumento di divisione del lavoro si concretizza un effettivo trasferimento della posizione di garanzia, quando il delegante non è tenuto ad un adempimento personale, se il delegante venga fornito dei poteri necessari per adempiere. Tuttavia, «se la legge ha puntualizzato in capo ad un certo soggetto una situazione tipica di obbligo, erigendolo a “garante” di certi interessi in relazione ad una particolare posizione giuridica occupata, è evidente che l'obbligato non potrà liberarsi di tale situazione di garanzia, trasferendola validamente, senza trasferire contemporaneamente quella posizione giuridica cui la situazione di obbligo accede<sup>76</sup>».

---

<sup>74</sup> T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 45.

<sup>75</sup> Del resto, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, dove per la prima volta viene positivizzata la delega di funzioni, le norme distinguono diversi centri di ripartizione delle competenze e dei relativi poteri/doveri, che fanno capo a dei garanti, che possono rispondere, secondo una duplice fisionomia, di un reato proprio, generalmente di pura omissione, ovvero di un reato di omesso impedimento dell'evento. Come messo in luce da I. LEONCINI, *L'Obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* (a cura di), Milano, 2010, 108.

<sup>76</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 439, inquadra la problematica della delega di funzioni all'interno della dogmatica sul reato omissivo improprio, precisamente avallando la concezione mista della *Garantenstellung*.

Questo fenomeno è giuridicamente ammissibile, perché, appunto, con l'atto negoziale si dà origine ad una nuova posizione di garanzia, aggiuntiva (o derivata), rispetto a quella originaria, che trae la sua legittimazione non solo dal potere di controllo sulla fonte di pericolo ma, altresì, da un atto formale, con cui viene affidata la fonte al garante aggiuntivo<sup>77</sup>.

Al contempo, il soggetto delegante rimane titolare di una posizione di garanzia originaria, che ha mutato di contenuto, perché risulterà penalmente responsabile degli eventi lesivi prodotti dal delegato, ove non abbia osservato correttamente i propri residui obblighi di garanzia. Questi obblighi di garanzia si concretizzano in un dovere di coordinamento organizzatorio, di controllo e di vigilanza, che può variare secondo diversi indici, quali la complessità degli obblighi in questione, le dimensioni dell'organizzazione aziendale, il grado di autonomia, i poteri che sono stati conferiti all'incaricato e la sua capacità professionale<sup>78</sup>.

La delega, dunque, rispetto alla concezione funzionalista (dell'efficacia oggettiva) determina l'insorgenza di nuovi garanti ma non permette al garante originario di liberarsi della sua posizione di garanzia, che, però, muta contenuto. Rispetto alla concezione formale-civilistica (dell'efficacia soggettiva), ammette la configurabilità di titoli di responsabilità autonomi in capo sia al delegante, sia al delegato, a prescindere dall'utilizzo dell'istituto concorsuale<sup>79</sup>. Se da una parte non sconfessa la tesi formale-civilistica, che mette l'accento sul rapporto, che lega la natura dei beni tutelati e le qualifiche soggettive, dall'altra ammette che la delega incida anche sul piano obiettivo della fattispecie, perché necessariamente il comportamento dovuto dal delegante si

---

<sup>77</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 442 ss.; si veda anche C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 141 ss. e nota 50; G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, 1982, 751.

<sup>78</sup> G. GRASSO, *Organizzazione aziendale*, cit., 751; ID., *Il reato omissivo improprio*, cit., 439 e 443 in cui si espone l'ipotesi dell'inefficienza dell'apparato di controllo, che non interviene nonostante la frequenza delle violazioni, oppure quando i diversi rami dell'azienda non siano dotati dei mezzi, anche finanziari, necessari per l'adempimento dei compiti ecc.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 139; D. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 71 ss.; ID., v. *Igiene*, cit., 108; CULOTTA A., *Relazione*, in A. CESSARI, A. LANZI, T. PADOVANI (a cura di), *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende. Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, Milano, 1982, 26 ss.; DI LECCE M., *Relazione*, in A. CESSARI, A. LANZI, T. PADOVANI (a cura di), *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende. Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, Milano, 1982, 37 ss.; VIAZZO C., *Profili di responsabilità penale per i reati tributari nelle imprese di grandi dimensioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 220 ss.

<sup>79</sup> In tal senso si veda, A. GULLO, *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1518.

trasforma da un adempimento personale, in obbligo di controllo sulla condotta del delegato. In altri termini, in presenza di obblighi penali “a destinazione circoscritta”, non nega che persone diverse dal titolare originario siano legittimate ad agire al posto suo e sotto la sua direzione e che quindi possano rispondere, altresì, a titolo autonomo<sup>80</sup>.

La presente riflessione altro non è che il logico corollario delle teorie elaborate nell’ambito del reato omissivo improprio, lette alla luce della delega di funzioni. Difatti, la teoria maggiormente condivisa sulla posizione di garanzia è quella eclettica, che contempera la necessità di una base fattuale con l’esistenza di reali poteri impeditivi dell’evento e un concreto affidamento del bene giuridico tutelato, in capo al garante<sup>81</sup>. Parallelamente, la teoria mista sulla delega di funzioni contempera la “funzionalizzazione” delle qualifiche, con la necessaria dimensione formale delle stesse perché la delega altro non sarebbe che uno strumento negoziale idoneo a costituire posizioni di garanzia derivate<sup>82</sup>.

Tuttavia, come messo in luce nel capitolo precedente, la tesi sul reato omissivo improprio, che contempera l’approccio formale e sostanziale sulle posizioni di garanzia deve essere letta alla luce dei principi costituzionali. Come è noto, il reato omissivo improprio sconta diverse debolezze strutturali, che possono entrare in conflitto con principi cardine della materia penalistica. In primo luogo, la sua stessa formulazione, che si ottiene con il combinarsi della clausola di equivalenza e le fattispecie commissive di parte speciale, sconta un irriducibile *deficit* di legalità; in secondo luogo, soprattutto, rischia di configurare una responsabilità penale per fatto altrui, se l’interprete non valuta concretamente l’esistenza di un effettivo potere impeditivo dell’evento in capo al garante. Sono da evidenziare, dunque, le importanti precisazioni, che attenta dottrina ha speso affinché vi possa essere un effettivo trasferimento temporaneo mediante negozio giuridico (con delega) della posizione di garante<sup>83</sup>. Le stesse puntualizzazioni che si estendono in generale alla creazione *ex novo* di una posizione di garanzia di fonte negoziale, senza creare un *vulnus* ai principi costituzionali della materia penale. Secondo questa impostazione il trasferimento negoziale deve avere una necessaria base legale,

---

<sup>80</sup> G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 437 ss.

<sup>81</sup> Cfr. *supra* Cap. I, Sez. I, par. 3.2.

<sup>82</sup> Si condivide quando sostenuto da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 242 ss.; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 40; D. PULITANÒ, *Organizzazione dell’impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. del lav.*, 1985, 16.

<sup>83</sup> Cfr. Cap. I, Sez. I, par. 4.

occorre che al garante venga concretamente affidato il bene, su cui deve innestarsi il rapporto di tutela e che l'atto negoziale, con cui si perfeziona il trasferimento, venga stipulato tra il garante originario e il delegato, al fine di tutelare interessi diretti e non riflessi o accessori.

#### ***4. Conclusioni provvisorie: luci e ombre sulla responsabilità penale del delegante per il reato del delegato***

Alla luce di quanto acquisito sulla posizione di garanzia e sull'efficacia della delega di funzioni, si possono trarre delle – seppur necessariamente parziali – conclusioni.

Virtuosamente, secondo chi scrive, la teoria della delega di funzioni è stata ricondotta nell'ambito della dogmatica sul reato omissivo improprio, dal momento che le qualifiche formali dei reati propri del diritto penale dell'impresa, campo di indagine, in cui sono state elaborate le prime teorie sulla delega, fanno capo a delle posizioni di poteri e doveri, riconducibili alle posizioni di garanzia.

Resta, tuttavia, un nodo irrisolto, secondo chi scrive, afferente alla posizione di controllo e di vigilanza del delegante nei confronti del delegato<sup>84</sup>, a cui si ascrive un titolo di responsabilità penale, in ordine al reato del delegato. Come ampiamente illustrato, l'obbligo impeditivo, di cui all'art. 40, comma 2, c.p. è differente per contenuto e natura giuridica dal mero obbligo di attivarsi, «consistente nel dovere agire a tutela di un altrui bene giuridico al verificarsi di un presupposto, giuridico o fattuale, indicato dalla norma penale» e dall'obbligo di sorveglianza, «consistente nel potere-dovere di vigilare sullo svolgimento di determinate attività per conoscere dell'eventuale realizzazione di fatti offensivi e di informarne il garante o il titolare del bene tutelato»<sup>85</sup>.

Rimarrà, allora, da comprendere come le conclusioni rassegnate dalla miglior dottrina sulla posizione di garanzia si contemperino con il funzionamento proprio della delega di funzione, considerando che all'art. 16 del testo unico sulla sicurezza e salute sul lavoro è stato positivizzato l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro delegante, in

---

<sup>84</sup>Cfr. *postea*, Cap. IV.

<sup>85</sup> Come specificato da I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 115; ID., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 158.

ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, come titolo autonomo di responsabilità penale<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> In chiave critica I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, cit., 120.



**CAPITOLO III**  
**LA DELEGA DI FUNZIONI NELL'AMBITO DELLA SICUREZZA SUL**  
**LAVORO, TRA PASSATO E PRESENTE**

**SEZ. I-LA LEGITTIMAZIONE "IMPLICITA" DELLA DELEGA DI FUNZIONI NEL D.LGS. N.**  
**626/1994**

Sommario: 1. L'originaria formulazione del D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e l'indelegabilità degli obblighi datoriali. - 2. L'intervento correttivo del d.lgs. 242/1996 dà una veste normativa "in negativo" della delega di funzioni: gli obblighi non delegabili del datore di lavoro. - 2.1 I modelli di delega prospettabili tra incertezze applicative e dogmatiche. - 3. L'elaborazione giurisprudenziale dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzione. - 4. Le incertezze dogmatiche sull'estensione dell'obbligo di vigilanza in capo al delegante.

***1. L'originaria formulazione del D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e l'indelegabilità degli obblighi datoriali***

Merita un approfondimento a sé stante la delega di funzioni nell'ambito della disciplina della sicurezza sul lavoro, poiché, come più volte preannunciato, ha ricevuto una compiuta consacrazione normativa con il d.lgs. n. 81/2008, il testo unico sulla salute e sulla sicurezza sul lavoro.

Prima di questo approdo diverse fonti normative si sono occupate della materia; la norma generale sugli obblighi prevenzionistici del datore di lavoro era, ed è, contenuta, come noto, all'art. 2087 c.c. che stabilisce che «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa 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 prestatori di lavoro». È una disposizione di chiusura, che disciplina la responsabilità del datore di lavoro in sede civilistica, tuttavia può assurgere a parametro indiretto di responsabilità penale, quando il dovere di sicurezza viene specificato in obblighi prevenzionali determinati, penalmente sanzionati. In materia di sicurezza sul lavoro il primo testo normativo, che si è occupato complessivamente della materia antinfortunistica e ha operato questa specificazione è il D.p.r. n. 547/1955 (norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro) che all'articolo 4 sanciva gli obblighi preventivi in capo al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti «nell'ambito delle rispettive

competenze e attribuzioni». Questo testo di legge insieme ai successivi decreti presidenziali – quello recante norme per l’igiene del lavoro e i successivi, che hanno regolamentato i settori esclusi dal decreto generale anzidetto – hanno progressivamente cominciato ad allargare il novero dei soggetti obbligati, affiancando al datore di lavoro altri partecipi del processo lavorativo<sup>1</sup>. Principalmente i decreti antinfortunistici del 1955-1956 hanno delineano un modello basato sul binomio di due posizioni di garanzia quella del datore di lavoro e quella del dirigente, mentre la posizione del preposto era alquanto circoscritta e su di lui gravavano esclusivamente obblighi settoriali, di attuazione e controllo, specificamente definiti. Per esempio, la disposizione, di cui all’art. 389, del d.P.R. n. 547/1955 sanzionava in capo al datore di lavoro e al dirigente l’inosservanza di tutte le norme del decreto, mediante una clausola generale a differenza della disposizione, di cui all’art. 391, che imputava ai preposti solamente la violazione di obblighi di vigilanza e connessi all’esecuzione dell’attività lavorativa<sup>2</sup>.

Tuttavia, non era presente alcun riferimento, né diretto, né indiretto alla delega di funzioni, dato che le norme fissavano *ex lege* gli obblighi e i poteri in capo ai titolari originari degli obblighi di sicurezza.

La delega di funzione si poneva, dunque, come «espediente organizzativo»<sup>3</sup>, capace di ripartire i compiti in capo ad ulteriori centri di imputazione, necessario soprattutto nelle realtà aziendali particolarmente complesse, che altrimenti avrebbero rischiato la paralisi, senza uno strumento di ripartizione delle responsabilità penali. In assenza di una specifica regolamentazione legislativa, il vuoto normativo era stato colmato da un’intensa elaborazione teorica e giurisprudenziale, alla ricerca di uno statuto penale, che definisse l’efficacia del trasferimento di funzioni da una posizioni di garanzia in capo ad un altro soggetto<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una ricognizione dei soggetti titolare del debito di sicurezza sul lavoro nei decreti presidenziali degli anni '50 si veda P. ONORATO, *I soggetti passivi dell’obbligo di sicurezza nei luoghi di lavoro: recenti previsioni e possibili generalizzazioni*, in *Cass. pen.*, 1999, 355-356. Nelle opere più recenti, per esempio, N. NEGRI, *Evoluzione normativa in tema di sicurezza nei luoghi di lavoro dai principi costituzionali al d.lgs. 81/2008 e successive modifiche*, in P. BELLOCCHI (a cura di), *La sicurezza nei luoghi di lavoro e jobs act*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 203 ss.

<sup>2</sup> T. PADOVANI, *Delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1582.

<sup>3</sup> Utilizza questa terminologia C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell’impresa*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1988, 138.

<sup>4</sup> Cfr. *supra* Cap. II.

Dopo la legislazione degli anni '50, con il d.lgs. n. 626/1994, la delega di funzioni ha ricevuto una prima delineazione normativa, sia pure indirettamente<sup>5</sup>.

Per il vero, nella stesura originaria, precedente all'intervento correttivo attuato con il d.lgs. n. 242/1996, la normativa non conteneva alcun riferimento alla delega di funzioni ed operava una scelta in netta controtendenza ad una prassi ormai consolidata, con il chiaro intento di responsabilizzare maggiormente il vertice dell'impresa. Difatti, prevedeva a carico esclusivo del datore di lavoro un numero rilevante di obblighi, prima incombenti anche sul dirigente, implicitamente sancendo, così, la non delegabilità degli stessi<sup>6</sup>.

Una delle ragioni a favore dell'opzione legislativa citata era l'asserito divieto implicito di delega agli artt. 5, par. 2 e 3, art. 7, par. 1 e 2 della direttiva-quadro 1989/391, che statuivano espressamente come il ricorso a competenze esterne all'impresa non liberi il datore di lavoro dalle sue responsabilità, né tanto meno venissero meno sulla base degli obblighi di sicurezza posti a carico dei lavoratori.<sup>7</sup>

Parte degli interpreti proponeva una lettura "correttiva" della disposizione, ridefinendo gli obblighi del datore di lavoro in senso ampliativo, nonostante il tenore testuale non facesse però alcune distinzioni, ovverossia separando le funzioni programmatiche ed organizzative, che attengono alle scelte di fondo della gestione aziendale, non delegabili, da quelle meramente esecutive, che sarebbero state, invece, delegabili<sup>8</sup>.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, riteneva la lettera della norma insuperabile<sup>9</sup>, sottolineando come la non delegabilità di un obbligo, dovrebbe derivare non dalla sua assegnazione originaria al titolare, bensì dalla sua intrinseca natura, sicché questa scelta

---

<sup>5</sup> Per un'ampia analisi si veda, D. NOTARO, voce *Lavoro*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, 88 ss. Si veda anche T. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav e prev. soc.*, 1982, 178 ss.

<sup>6</sup> Si veda A. CULOTTA, *Datore di lavoro, dirigenti e preposti: obblighi prevenzionali e poteri di delega*, in *Dossier ambiente*, 1994, 107; ID, *Obblighi prevenzionali del datore di lavoro e facoltà di delega a dirigenti e preposti nel quadro della nuova normativa di derivazione comunitaria*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 253; M. LAI, *I nuovi diritti e doveri per la sicurezza sul lavoro*, in *Lav. inf.*, 1994, 13, 23.

<sup>7</sup> In senso critico T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 49.

<sup>8</sup> Per questa ricostruzione A. CULOTTA, *Datore di lavoro, dirigenti e preposti*, cit., 105 ss.

<sup>9</sup> R. GUARINIELLO, *I profili innovativi del D.lgs. 626/94*, in *Dir. prat. lav.*, 4, 1994, 25.

legislativa avrebbe condotto ad una paralisi dell'attività imprenditoriale, in mancanza di un intervento legislativo<sup>10</sup>.

## **2. *L'intervento correttivo del d.lgs. 242/1996 dà una veste normativa "in negativo" della delega di funzioni: gli obblighi non delegabili del datore di lavoro***

La netta cesura con il passato avviene, dunque, solo con l'entrata in vigore del decreto correttivo n. 242/1996, che, per la prima volta faceva espressa menzione della delega di funzioni, all'art. 1, comma 4 *ter* del d.lgs. n. 626/1994, elencando alcuni obblighi del datore di lavoro non delegabili. Da ciò si deduceva, *a contrariis*, che per tutti gli altri obblighi prevenzionistici la delega fosse, quindi, ammessa ed in tal modo, sia pure implicitamente, si conferiva legittimità normativa ad un'elaborazione teorica di un istituto ampiamente diffuso nella prassi aziendale<sup>11</sup>.

Gli obblighi non trasferibili del datore di lavoro, oltre alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, di cui all'art. 4 lett. a), erano gli adempimenti relativi alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori con l'elaborazione del documento, di cui all'art. 4, comma 2 e l'autocertificazione dell'avvenuta valutazione nelle aziende familiari o di piccole dimensioni. Così veniva definito il compito specifico, costituente il "nucleo duro" dei doveri del datore di lavoro, ovvero sia l'obbligo di programmare la sicurezza, predisponendo le condizioni affinché il programma venga elaborato e diventi effettivo, mantenendo sotto controllo i rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro.

Secondo parte degli interpreti, sebbene non rientrassero nell'elencazione, che esplicitamente sanciva l'impossibilità del trasferimento di talune funzioni, erano comunque disposti a carico esclusivo del datore di lavoro quegli obblighi, che discendevano dalle violazioni, di cui all'art. 89, comma 1 (per la parte di contravvenzioni poste a carico di quest'ultimo). Ciò perché le norme risultanti esclusivamente nell'art. 89 indicavano pur sempre delle condotte, che ricalcavano strettamente i doveri, di cui all'art.

---

<sup>10</sup> W. DE NUNZIO, *Il datore di lavoro nel d.lgs. n. 626/1994*, in *Riv. pen. ec.*, 1995, 249.

<sup>11</sup> Tra i tanti, D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, (Agg.), I, Milano, 2000, 393.

1, comma 4 *ter*, di valutazione dei rischi, di redazione del relativo documento, anche se previsti in settori particolari<sup>12</sup>.

La non delegabilità di questa sfera di obblighi prevenzionistici a carico del datore di lavoro non significava, tuttavia, che sussistesse un obbligo di un adempimento personale a carico del datore di lavoro, dal momento che alla valutazione dei rischi e alla predisposizione del documento programmatico, quest'ultimo doveva provvedere «in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e con il medico competente nei casi in cui sia obbligatoria la sorveglianza sanitaria, previa consultazione del rappresentante per la sicurezza» (art. 4, comma 6)<sup>13</sup>. L'impossibilità di trasferire certi obblighi ma al contempo il richiamato obbligo di cooperazione richiedevano, dunque, che il soggetto di vertice assicurasse «l'apporto di tecnici idonei e le condizioni di idoneo svolgimento del loro lavoro, nel verificarne l'effettuazione, e nell'adottare le misure organizzative conseguenti»<sup>14</sup>.

Questa disposizione non dava adito a una responsabilità di posizione, perché, come la dottrina più accorta aveva messo in luce, proprio in ragione dell'obbligo di cooperazione sancito, significava esclusivamente l'indivisibilità della responsabilità penale sul piano obiettivo, non escludendo che potessero operare delle cause di esclusione della colpevolezza. Quest'ultime potevano intervenire anche in caso di obiettive carenze nell'adempimento dei doveri, sulla base dell'affidamento verso collaboratori qualificati, deputati ad intervenire su questioni tecniche<sup>15</sup>.

### ***2.1. I modelli di delega prospettabili tra incertezze applicative e dogmatiche***

---

<sup>12</sup> In tal senso T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 61; contrariamente parte della dottrina sottolineava la forzatura alla lettera della legge, data anche dalla non perfetta sovrapposibilità delle due norme R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626/1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)* in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 80.

<sup>13</sup> D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 780 specifica che la valutazione del rischio, secondo quanto era previsto nel d.lgs. n. 626/1994, consisteva nella redazione di un documento comprensivo di una relazione sulla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute sul lavoro, che individuava sia delle misure di prevenzione e protezione da adottare, sia del programma di attuazione delle misure prescelte. Rappresentava il vincolo ad una effettiva assunzione del problema della sicurezza, secondo un approccio razionale.

<sup>14</sup> Per un'analisi dei compiti non delegabili del datore di lavoro e sulla possibile responsabilità in concorso nel reato dell'intraneo da parte del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, P. VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1146.

<sup>15</sup> D. PULITANÒ, voce *Igiene*, *Aggiornamento*, cit., 394.

Alla luce di quanto esposto si comprende come potesse essere oggetto di delega quanto non esplicitamente definito come “non delegabile”, secondo uno schema “scalare”, sicché il trasferimento di funzioni poteva intercorrere tra datore di lavoro-dirigente, datore di lavoro-preposto e dirigente-preposto<sup>16</sup>.

Si registrava, però, una divergenza di opinioni per quanto riguarda la delega c.d. “verticale” tra datore di lavoro e preposto, dal momento che secondo una corrente interpretativa una delega attinente alla sicurezza sul lavoro sarebbe stata legittima soltanto in capo ai dirigenti e non in capo al preposto, privo dei poteri decisionali e patrimoniali necessari; la delega al preposto poteva, invece, solo interessare funzioni meramente esecutive di ordini superiori, non comportanti alcun impegno di spesa<sup>17</sup>. Nonostante la compiuta delineazione delle sue competenze, la delegabilità delle misure prevenzionali in capo a quest’ultimo destava, comunque, delle incertezze, anche alla luce del fatto che la normativa allora vigente vietava il trasferimento delle stesse ad organismi specificamente competenti<sup>18</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, riteneva come il d.lgs. n. 626/94 avesse modificato le competenze di questa figura, estese anche all’applicazione effettiva delle misure di sicurezza sul lavoro e, pertanto, fossero idonee a supportare una delega di misure antinfortunistiche<sup>19</sup>.

Ulteriori incertezze interpretative si riscontravano in ordine ai limiti dei compiti delegabili da parte del dirigente, dato che si teorizzava anche una delegabilità totale e liberatoria delle sue funzioni, su cui non tutti gli interpreti convenivano dato che si sottolineava che, per l’importanza della sua figura nella struttura dell’azienda, dovevano permanere necessariamente nella sua titolarità degli obblighi di sorveglianza sull’operato del preposto-delegato<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> In tal senso, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 52; P. ONORATO, *I soggetti passivi*, cit., 368.

<sup>17</sup> In tal senso, P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano, 2001, 56 in nota 75.

<sup>18</sup> T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 52; si veda anche P. ONORATO, *I soggetti passivi*, cit., 150, un datore di lavoro «non può trasferire a un preposto, che ha per definizione un ruolo di sorveglianza, anche il compito di adottare le necessarie misure protezionistiche e preventive: a meno che il preposto non abbia la capacità professionale e i poteri decisionali e finanziari che sono indispensabili per il compito delegatogli (ma in tal caso egli non sarebbe più un preposto egli sarebbe di fatto un dirigente)»

<sup>19</sup> F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626*, II ed., Milano, 1996, 90 in nota 48.

<sup>20</sup> M. T. NORO, *La delega per la sicurezza del lavoro*, in B.M. GUTTIEREZ (a cura di), *Le deleghe di poteri*, Milano, 2004, 162.

In sintesi, secondo l'orientamento maggioritario, nella vigenza del testo di legge del n. 626/1994 e alla luce dell'allora esistente formulazione delle competenze dei garanti all'interno della realtà aziendale in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la delega ammessa fosse quella c.d. "obliqua" tra datore di lavoro e dirigente, quella "orizzontale" tra dirigenti, quella "orizzontale" tra preposti"; quella "verticale" tra datore di lavoro e preposto e tra dirigente e preposto era ammessa ma con dei limiti, purché inerente a mere funzioni esecutive<sup>21</sup>.

Dalla breve disamina esposta, si può notare come le incertezze sul piano applicativo di come la delega di funzioni si possa declinare nella realtà aziendale, tra quali soggetti e con quali limiti, riflettano inevitabilmente le incertezze che ancora permeavano il piano dogmatico, in assenza di un'esplicita regolamentazione normativa.

### ***3. L'elaborazione giurisprudenziale dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzione***

La giurisprudenza, in assenza di una norma che disciplinasse gli specifici requisiti di validità e di efficacia della delega di funzioni, aveva elaborato delle coordinate interpretative, non sempre particolarmente coerenti con le premesse dogmatiche che condivideva.

Una breve disamina della giurisprudenza che si è consolidata durante la vigenza di questa normativa, antecedente all'attuale testo unico, può essere utile per un confronto con i requisiti di validità e di efficacia della delega di funzione, che sono stati poi positivizzati nel d.lgs. n. 81/2008<sup>22</sup>.

In numerose pronunce si richiedeva, ai fini di una valida delega di funzioni, l'esigenza che l'impresa fosse di notevole dimensioni, perché solo in una realtà simile si concretizzerebbe l'esigenza da parte del datore di lavoro di creare più centri di imputazione della responsabilità penale; tale assunto era stato sottoposto a critiche dal momento che qualitativamente un imprenditore deve fare fronte ai medesimi compiti tecnici e amministrativi, indipendentemente dalle dimensioni del complesso aziendale,

---

<sup>21</sup> Per tutti si veda l'ampia analisi sul punto di T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 53.

<sup>22</sup> Come ha messo in luce acutamente T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 184 che ha sottolineato come la parte più sensibile della giurisprudenza si è focalizzata sul recupero della dimensione dogmatica della responsabilità omissiva, come per esempio, Cass., Sez. III, 7 febbraio 1996, in *Cass. pen.*, 1999, 2652.

tanto più se si considera che un sindacato di questo tipo da parte del giudice sulle scelte imprenditoriali potrebbe arrecare un *vulnus* alla libertà di impresa<sup>23</sup>. Un orientamento minoritario poneva l'accento, invece, sulle difficoltà tecniche degli adempimenti, piuttosto che sulle dimensioni dell'azienda, in ragione delle quali un imprenditore poteva avvertire l'esigenza di delegare gli obblighi prevenzionistici. Questa corrente giurisprudenziale era andata poi consolidandosi alla luce, altresì, della disposizione, di cui all'art. 10 del d.lgs., n. 626/1994, che *ex lege* aveva disposto la non delegabilità dell'obbligo datoriale di autocertificazione sulla valutazione dei rischi nelle imprese di piccole dimensioni: interpretata la norma *a contrariis*, indicava, dunque, la possibilità anche in quest'ultime di fare ricorso allo strumento della delega di funzioni<sup>24</sup>.

La delega di funzioni doveva avere contenuto specifico, puntuale e doveva risultare da forma scritta; tuttavia, su quest'ultimo requisito non vi era uniformità di vedute dato che un indirizzo era orientato in tal senso e un altro, invece, dal principio vigente in ambito penalistico di libertà delle prove, desumeva la necessità che la delega risultasse con certezza, indipendentemente dalla forma adottata<sup>25</sup>.

La delega non doveva riguardare le attività inerenti all'assetto organizzativo dell'impresa<sup>26</sup>; il delegato doveva essere in possesso di specifica competenza tecnico-professionale, anche se parte della giurisprudenza limitava questo requisito ai casi in cui il delegato avesse già manifestato la sua inadeguatezza e il delegante non lo avesse rimosso<sup>27</sup>.

Il delegato doveva accettare l'incarico, senza costrizioni, in modo libero e consapevole<sup>28</sup> e doveva avere autonomia decisionale, tramite tutti i rispettivi poteri e mezzi necessari per l'adempimento dell'incarico. Si riteneva, per alcuni, già presupposto nello stesso fenomeno giuridico del trasferimento di funzioni il fatto che il delegato

---

<sup>23</sup> Come messo in luce da CAVALIERI R., *La delega di funzioni nella materia antinfortunistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 45 ss.; si veda anche VENA FRO E., *L'istituto della delega alla luce della vigente normativa antinfortunistica*, nota a Cass., Sez. IV, 11 marzo 2004, n. 11522 in *Cass. pen.*, 2005, 1349 ss.

<sup>24</sup> Tra le sentenze, che si ritengono espressione di questo orientamento, Cass., Sez. IV, 15 luglio 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1237; Cass., Sez. III, 13 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2004, 4204.

<sup>25</sup> Per questo diverso orientamento si veda Cass. Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 41944, in *Olympus*; Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, n. 13161, in *Olympus*. In dottrina per un'analisi sul punto si veda V. MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 3978 ss.

<sup>26</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, in *Dejure*.

<sup>27</sup> Così Cass., Sez. IV, 23 giugno 1995, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 679.

<sup>28</sup> Cass., Sez. III, 26 settembre 2001, in *Guida dir.*, 2002, 1, 74; Cass., Sez. IV, 13 ottobre 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 335; Cass., Sez. IV, 22 giugno 2000, in *Guida dir.*, 2000, 36, 82.



dovesse avere un'autonomia effettiva, perché altrimenti si sarebbe trattato di un mero incarico esecutivo e non di delega di funzioni<sup>29</sup>.

Il delegante, d'altro canto, secondo un indirizzo interpretativo<sup>30</sup>, doveva fornire prova certa dell'avvenuto trasferimento, mentre, per un'altra impostazione questa inversione dell'onere della prova dei fatti costitutivi dell'illecito penale si poneva in contrasto con la presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27 Cost.

Il delegante non doveva ingerirsi di fatto nello svolgimento delle funzioni del delegato e non doveva ricevere richiesta di intervento da parte del delegato<sup>31</sup>; inoltre, non doveva essere a conoscenza della sopravvenuta inidoneità del delegato o delle sue inadempienze. Si era messo in luce, però, come la prima tipologia di requisiti non potesse esplicitare rilevanza sul piano della validità di una delega di funzioni, dal momento che si manifestava in seguito all'avvenuto trasferimento di funzioni, quanto piuttosto sul piano dell'efficacia dello stesso; invece, la seconda tipologia di requisiti circoscriveva, discutibilmente, la responsabilità del delegante ai soli casi di conoscenza effettiva, escludendola nei casi di mera conoscibilità, della violazione commessa dal delegato<sup>32</sup>.

Per quanto attiene la natura dogmatica della delega di funzioni, la giurisprudenza consolidatasi durante la vigenza del d.lgs. n. 626/1994, come accennato, risultava, in prima battuta, condividere l'efficacia traslativa e totalmente liberatoria delle delega, per poi spesso contraddirsi, chiamando in causa, in modo apodittico, una responsabilità per *culpa in vigilando* del delegante sul delegato, non chiarendo a che titolo il nuovo garante, che avrebbe sostituito quello originario, avrebbe potuto rispondere<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Sulla distinzione in proposito si veda, *supra*, Cap. II, Sez. I, par. 3.

<sup>30</sup> Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, in *Olympus*.

<sup>30</sup> Cass., Sez. IV, 23 marzo 2000, in *Guida dir.*, 2000, 28, 81; Cass., Sez. III, 3 novembre 1989, in *Giust. pen.*, 1990, 2, 551.

<sup>31</sup> Per quanto attiene la non ingerenza del delegante si veda, Cass., Sez. IV, 4 aprile 1996, in *Giust. pen.*, per quanto riguarda, invece, la necessaria mancanza di richiesta di intervento si veda Cass., Sez. III, 2 giugno 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1358.

<sup>32</sup> In tal senso critico E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, 275.

<sup>33</sup> In tal senso critico, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 197, che annovera tra queste pronunce Cass., Sez. II, 3 agosto 2000, n. 8978 in *Giur. it.*, 2002, 1478; Cass., Sez. III, 2 giugno 2000, n. 8585, in *Riv. pen.*, 2001, 278; mentre pochi anni prima rispetto all'emanazione del d.lgs. n. 81/2008 un filone giurisprudenziale aveva chiarito, ponendosi in linea con la dottrina maggioritaria, che la delega di funzioni producesse un effetto moltiplicativo di garanti ma sul delegante la posizione di garanzia originaria risultasse essere mutata di contenuto. Tra queste, per esempio, Cass., Sez. III, 17 novembre 2005, n. 562 in *Dejure*, Cass., Sez. IV, 23 marzo 2007, n. 12225, in *Dejure*.

In conclusione, dal modello giurisprudenziale delineato emerge come non fossero ancora definite e coerenti le coordinate ermeneutiche di uno statuto penalistico della delega di funzione, sia in relazione ai requisiti di validità, molto spesso confusi con i requisiti di efficacia della delega, ancorati a presupposti formali, in controtendenza con la dottrina più raffinata sulla posizione di garanzia del reato omissivo improprio, che ne costituisce il presupposto teorico, sia per quanto riguarda la natura dogmatica dell'istituto.

#### ***4. Le incertezze dogmatiche sull'estensione dell'obbligo di vigilanza in capo al delegante***

Per quanto attiene all'efficacia sul piano dogmatico della delega di funzioni, come messo in rilievo nel capitolo precedente, invece, la dottrina più sensibile aveva abbracciato una linea interpretativa, che condivideva della teoria oggettiva l'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie delle delega, come trasferimento della posizione di garanzia dal garante originario a quello derivato; della teoria soggettiva condivideva l'assunto per cui la delega di funzioni non potesse avere un effetto totalmente liberatorio per il delegante, poiché in capo al datore di lavoro, essendo al vertice dell'impresa, vi era «un residuo “non delegabile”, costituito dal dovere di vigilanza [...] e da doveri di intervento su situazioni conosciute o che si sarebbe dovuto conoscere»<sup>34</sup>.

Al contempo, sul contenuto del dovere di vigilanza in capo al delegante si confrontavano impostazioni divergenti. La violazione dello stesso dovere avrebbe comportato un rimprovero al delegante, a titolo omissivo, per non avere impedito l'illecito del delegato. Tuttavia, considerando che un dovere di buona organizzazione non può manifestarsi come dovere continuo all'interno di settori, in cui la delega ha trasferito le competenze, si doveva indagare se potesse effettivamente trattarsi di un vero obbligo di garanzia, pena una responsabilità di posizione del delegante. Per taluni la fondatezza di un simile obbligo sembrava essere confermata con l'entrata in vigore del decreto n. 626/1994, dalla disposizione, di cui all'art. 11, che imponeva al datore di lavoro di indire riunioni periodiche, per verificare lo stato di attuazione del sistema di sicurezza e

---

<sup>34</sup> D. PULITANÒ, voce “*Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*”, in *Dig. scien. pen.*, VI, Torino, 1992, 108.

protezione della salute dei lavoratori<sup>35</sup>. Si desumeva, dunque, che il controllo dovesse essere volto a cogliere i c.d. “segnali d’allarme” e nell’attivarsi, di conseguenza, tramite l’utilizzo di procedure informative e di controllo che si erano diffuse nella prassi aziendale<sup>36</sup>. Parte della dottrina sottolineava, tuttavia che, per poter configurare in capo al delegante un effettivo dovere di vigilanza e di intervento sul delegato, dovevano configurarsi «accertate, sistematiche e gravi inosservanze da parte del delegato», tali per cui il delegante si sarebbero dovuto allertare<sup>37</sup>.

Un rilievo, a nostro giudizio particolarmente rilevante, afferisce alla considerazione per cui il dovere di vigilanza del delegante, specialmente nelle realtà imprenditoriali di grandi dimensioni, fosse di difficile attuazione. Per questa ragione, si era suggerito di mutuare l’utilizzo di un organismo *ad hoc*, come quello previsto all’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, l’Organismo di vigilanza e controllo, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, che avrebbe dovuto escludere, la responsabilità penale del delegante, qualora lo stesso avesse provato l’adozione in azienda di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza degli stessi sarebbe dovuto essere affidato ad un organo a ciò preposto, con autonomi poteri di iniziativa e controllo<sup>38</sup>. In tal modo l’attività di controllo sarebbe a sua volta oggetto di delega e in presenza di una notizia rivelatrice di irregolarità il delegante, allora, si sarebbe dovuto attivare, per ripristinare il normale andamento dell’attività dell’azienda<sup>39</sup>.

Senonché, l’inserimento degli illeciti in materia antinfortunistica tra i reati presupposto della responsabilità dell’ente, era stato previsto nella legge delega n. 300/2000 ma non era poi stato confermato nella versione definitiva del d.lgs. n. 231/2001 e pertanto la compatibilità tra organismo di controllo e la delega di funzioni rimaneva

---

<sup>35</sup> D. PULITANÒ, *Igiene, Aggiornamento*, cit., 394.

<sup>36</sup> In tal senso, A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, ed. ridotta, Bologna, 2003, 79.

<sup>37</sup> F. D’ALESSANDRO, *Sub art. 40 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2006, 359 ss.

<sup>38</sup> Così T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., ha anticipato, sebbene con delle declinazioni diverse quanto poi è stato previsto dal legislatore del testo unico del 2008 all’art. 16, comma 3.

<sup>39</sup> Similmente C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d’impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 139 sottolinea come il controllo diretto da parte del delegante sull’attività del delegato sarebbe in linea teorica anche difficilmente distinguibile da un’ingerenza, sotto forma di revoca o di restrizione della delega, per esempio, che comporterebbe un ritorno di responsabilità in capo al delegante (essendo la delega diventata meramente esecutiva).

connotata, durante la vigenza del d.lgs. n. 626/1994, da una perdurante incertezza dogmatica<sup>40</sup>.

La giurisprudenza di legittimità di poco precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 riteneva che la delega di funzioni non avesse un'efficacia pienamente liberatoria sul piano obiettivo, quanto piuttosto producesse la costituzione di un nuovo garante derivato. In capo al delegante permaneva una posizione di garanzia di contenuto diverso, che si concretizzava in un dovere di controllo sul delegato, dato che l'obbligo di predisporre e di mantenere un adeguato assetto organizzativo risultava essere intrasferibile, coerentemente con la posizione rivestita di soggetto apicale. Alla luce di ciò, condivisibilmente, la giurisprudenza di quel tempo, aveva rifiutato la concentrazione delle responsabilità penali sugli anelli più bassi dell'organizzazione aziendali per le scelte afferenti alla c.d. "politica d'impresa". Al contempo però, in assenza di un dato legislativo, per quel che concerne le modalità con cui il dovere di vigilanza del delegante dovesse esercitarsi si riscontrava una perdurante incertezza<sup>41</sup>.

## **SEZ. II - IL D.LGS. N. 81 DEL 2008 E LO STATUTO PENALE DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

---

<sup>40</sup> Solo tempo dopo è stato aggiunto tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti la disposizione, di cui all'art. 25 *septies* *Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro* (articolo aggiunto dall'art. 9, comma 1, legge n. 123 del 2007, poi sostituito dall'art. 300 del d.lgs. n. 81 del 2008)

«1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi».

Sulla necessità di implementare nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 questa tipologia di fattispecie, tra i tanti si veda C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1355.

<sup>41</sup> *Ex plurimis*, Cass. Sez. III, 19 maggio 2006, in *Dejure*; si ricorda all'interno di questo filone giurisprudenziale la nota sentenza dell'incendio dell'ospedale "Galeazzi" che affrontò per la prima volta la responsabilità per infortuni per insufficiente programmazione della sicurezza sul lavoro, Trib. Milano, Sez. IV, 13 ottobre 1999, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1049 (per la sentenza del giudice della legittimità, Cass., Sez. IV 6 febbraio 2004, n. 4981 in *Olympus*).

Sommario: 1. L'atteso riconoscimento legislativo della delega di funzioni e la sistematica dei garanti alla luce della positivizzazione del principio di effettività. - 2. I requisiti tipizzati di validità e di efficacia della delega di funzioni. - 2.1. I requisiti formali: la forma scritta della delega di funzioni, tra incertezze dogmatiche e difetti di coordinamento. - 2. 2. (Segue.) Gli altri requisiti formali: l'accettazione per iscritto, la "data certa" e la pubblicità. - 2.3. I requisiti sostanziali: professionalità ed esperienza del delegato. - 2.4. (Segue.) Le condizioni sostanziali per la costituzione della posizione di garanzia derivata: i poteri di organizzazione, gestione, controllo e di autonomia di spesa. - 2.5 L'elencazione tassativa dei requisiti della delega di funzioni e l'irrelevanza delle dimensioni dell'impresa. - 3. La delega come criterio generale di adempimento degli obblighi prevenzionistici e le funzioni non delegabili in via di eccezione. - 3.1. L'ambito soggettivo di applicazione della delega di funzioni, la subdelega e la delega a terzi estranei all'organizzazione aziendale. - 4. L'efficacia della delega valida e l'accoglimento della tesi intermedia alla luce del correttivo dell'art. 12 d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106. - 4.1. L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro e il suo difficile inquadramento dogmatico.

### ***1. L'atteso riconoscimento legislativo della delega di funzioni e la sistematica dei garanti alla luce della positivizzazione del principio di effettività***

La scelta del legislatore di introdurre per la prima volta, recependo l'istanza della dottrina e della giurisprudenza, una compiuta regolamentazione esplicita dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzioni, all'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, pur non fornendone una definizione giuridica espressa, è sicuramente da accogliere con favore<sup>42</sup>.

Tuttavia, la Commissione europea, aveva aperto una procedura di infrazione a carico dell'Italia per il non corretto recepimento della direttiva 89/391/CEE, riguardante le misure rivolte alla tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori; tra i rilievi, quelli che attenevano la delega di funzioni sottolineavano l'inadeguatezza dello strumento perché avrebbe "deresponsabilizzato" il datore di lavoro, facendo residuare, come si

---

<sup>42</sup> Nella manualistica per un'analisi della delega di funzioni si veda, tra i tanti, D. PETRINI, M. PELISSERO, *La responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 801 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Torino, 2019, 144 ss.; A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale: questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 294 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2021, 223 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2020, 180 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2019, 184 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Torino, 2021, 388ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., 117 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 222 ss. e 657 ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, 89 ss.

vedrà, a carico dello stesso un incerto dovere di vigilanza, che si considera assolto, qualora si adotti il modello di verifica e controllo, di cui all'art. 30, comma 4, t.u.

La dottrina ha sin da subito sottolineato come le autorità europee non abbiano saputo cogliere la portata applicativa della novella disposizione normativa, che deve essere letta nel complesso del sistema penale italiano, dato che non intende fornire una modalità di esenzione dalla responsabilità penale per il datore di lavoro, bensì precisare una modalità di attuazione del dovere di sorveglianza a carico dello stesso<sup>43</sup>.

Prima di analizzare la disciplina del trasferimento di funzioni è doveroso premettere un inquadramento sulla sistematica delle posizioni di garanzia disciplinate nel d.lgs. n. 81/2008 e come si rifletta sulla delega<sup>44</sup>. Come è già stato analizzato<sup>45</sup>, i garanti all'interno del testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare il datore di lavoro, il dirigente e il preposto, ai sensi dell'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008, sono individuati anche tramite il cosiddetto "principio di effettività", per cui le rispettive posizioni di garanzia gravano, altresì, su colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascun dei soggetti ivi definiti.

Questa importante norma "di chiusura" in ordine ai criteri di individuazione dei soggetti penalmente responsabili è stata formulata sulla scia di un'altra disposizione presente nel sistema giuridico all'art. 2639 c.c. che, nell'ambito dei reati societari, equipara «al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile» chi «è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»<sup>46</sup>.

La disposizione, di cui all'art. 299, stabilisce, pertanto, che le qualifiche soggettive dei reati in questione, che presuppongono un complesso di poteri giuridici con contenuto direttivo, ovvero, in assenza di una formale qualifica ma con la titolarità dei poteri giuridici ad essa corrispondenti, configurino le posizioni di garanzia<sup>47</sup>. Attenta dottrina

---

<sup>43</sup> Come è stato rilevato da V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo"*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 76.

<sup>44</sup> Per un'efficace sintesi dell'evoluzione normativa si veda, tra i tanti, L. DEGL'INNOCENTI, *Le novità in materia di delega di funzioni introdotte dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2479 ss.

<sup>45</sup> Cfr. *supra* Cap. I, Sez. III.

<sup>46</sup> E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, 78.

<sup>47</sup> Per una recente sentenza che specifica che il principio di effettività si può applicare anche ai fatti antecedenti, dato che non costituisce un *novum* rispetto a quanto enunciato dalle Sezioni Unite (Thyssenkrupp) in materia antifortunistica, Cass., Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 14196, in *Olympus*.

ha rilevato come la collocazione della norma possa apparire insolita perché tratta delle posizioni di garanzia ma è destinata ad applicarsi ai reati omissivi propri, per lo più contravvenzionali del t.u., «privi di un evento naturalistico tipico e pertanto, non suscettibili di conversione in chiave di omesso impedimento». Tuttavia, la disposizione ha un significato ulteriore, che trascende i reati contemplati dal d.lgs. n. 81/2008, posto che specifica come una valida investitura non sia un presupposto necessario e sufficiente per riconoscere in capo ai garanti un'effettiva posizione di garanzia. Bisognerà guardare, pur a fronte di una delibera di nomina nulla o annullabile, per esempio, all'effettivo incarico conferito «anche sulla base di ordini, regolamenti interni, atti informali etc., purché ad esso si accompagni l'attribuzione di poteri giuridici con contenuto direttivo»<sup>48</sup>

Inoltre, la norma opera un'ulteriore precisa scelta dogmatica perché specifica che il principio di effettività non si applica in presenza di soli poteri naturalistici di intervento in capo al garante, dal momento che lo stesso deve essere titolare di una funzione tipica e quindi legittimato ad esercitare dei poteri-doveri prettamente “giuridici”. In altri termini, pur in mancanza di una formale investitura, ci deve essere, comunque, un titolo giuridico che fonda l'esercizio di questi poteri giuridici impeditivi<sup>49</sup>.

Il principio di effettività risulta essere un criterio alternativo, che non esclude l'applicazione dei criteri formali, quali, per esempio, l'investitura *ex lege* o per delega espressa, ai fini dell'individuazione dei garanti, come si denota esplicitamente dall'uso dell'avverbio «altresì» nella norma.<sup>50</sup>

La disposizione in parola ha delle importanti ricadute applicative sull'interpretazione dell'istituto della delega di funzioni. Dalla lettura sistematica della norma, unitamente alle disposizioni, di cui agli artt. 16 e 17, viene affermato il primato

---

<sup>48</sup> Sono le acute osservazioni di N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 828, che ha messo anche in luce come nel Progetto di riforma del codice penale Pagliaro, all'art. 7 abbia previsto esplicitamente che «Ove la legge penale indichi il soggetto attivo mediante una qualifica soggettiva, che implica la titolarità di un dovere o potere giuridico, essa ha come destinatario il formale titolare della stessa o chi, mediante l'esercizio di fatto è divenuto titolare di tali doveri o poteri giuridici».

<sup>49</sup> Il legislatore, dunque, non opta per una concezione “realistica” della posizione di garanzia ma normativo-funzionalistica perché non considera sufficiente per la titolarità di una posizione di garanzia la mera disponibilità concreta dei poteri di fatto idonei ad impedire quel tipo di evento, N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 828. Lo stesso Autore con un'analisi di più ampio respiro, si veda ID., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 121; ID., voce *Obbligo di impedire l'evento* in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 3859.

<sup>50</sup> F. D'ALESSANDRO, *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.*, 2, 2010, 1144.

della logica “funzionalistica”, in materia di sicurezza sul lavoro, assegnando preminenza all’effettiva ripartizione delle capacità di intervento<sup>51</sup>.

Parte della dottrina ha criticato una simile impostazione, che equipara l’esercizio effettivo dei poteri giuridici da parte di un soggetto sprovvisto di una formale investitura, all’esercizio di colui che è formalmente indicato dalla legge come garante, non essendo chiaro il fondamento della giuridicità degli stessi in una vicenda di natura prasseologica<sup>52</sup>. Per meglio comprendere la norma, allora, si deve precisare che le posizioni di garanzia derivate, dunque, possono integrarsi sia con un atto formale di delega accettata ritualmente ma anche con l’attribuzione dei poteri di intervento, idonei al settore di riferimento in cui opera il garante derivato, nella struttura aziendale; poteri non “di fatto”, dunque, ma “giuridici” perché derivanti, comunque, da una scelta organizzativa del datore di lavoro, con il fine di adempiere agli obblighi di sicurezza.

La maggioranza degli interpreti ha, in ogni caso, accolto con favore la norma in questione volta a dare maggiore valore all’effettiva ripartizione dei compiti prevenzionistici all’interno delle organizzazioni complesse, anche se, come si metterà in luce, sconta dei problemi di coordinamento con la positivizzazione di taluni requisiti di validità della delega di funzioni.

## ***2. I requisiti tipizzati di validità e di efficacia della delega di funzioni***

---

<sup>51</sup> Così G. MORGANTE, *La tutela penale della sicurezza del lavoro: dal pericolo al rischio*, in *Studium Iuris*, 2009, 643 ss.; in giurisprudenza, per quanto riguarda il rapporto tra principio di effettività e delega di funzioni si afferma che «pur in presenza di un esercizio di fatto di una posizione di garanzia all’interno del luogo di lavoro, sia essa determinata da un atto di ingerenza piuttosto che da una distribuzione di incarichi non formalizzati, giammai si realizza una ipotesi di esonero di responsabilità del titolare effettivo della posizione di garanzia, costituendosi semmai una parallela ed alternativa di garanzia, semmai chiamata a rispondere sulla base del principio di effettività richiamato dall’art. 299 D.lgs. n. 81/2008». Così Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 2286, in *Dejure*; similmente Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2014 (dep. 24 maggio 2014), n. 22246 in *Olympus*, afferma che «in tema di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori può affermarsi che il principio di effettività, se vale ad elevare a garante colui che di fatto assume e svolge i poteri del datore di lavoro, del dirigente o del preposto, non vale a rendere efficace una delega priva dei requisiti di legge; se nonostante tale carenza il delegato verrà chiamato a rispondere del proprio operato sarà in quanto egli ha assunto di fatto i compiti propri del datore, del dirigente o del preposto, e non per la esistenza di una delega strutturalmente difforme dal modello normativo. Correlativamente, il delegante "imperfetto manterrà" su di sé tutte le funzioni prevenzionistiche che l'atto non è valso a trasferire ad altri e i suoi doveri non si ridurranno all'obbligo di vigilanza di cui all'art. 16»; si veda anche Cass., Sez. IV, 18 dicembre 2012, n. 49214, in *Olympus*.

<sup>52</sup> In tal senso, condivisibilmente, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 182.



La legislazione antinfortunistica ha tipizzato i requisiti di validità, affinché la delega possa avere efficacia “enucleati” dalla giurisprudenza più rigorosa, anche se, in merito a determinate questioni problematiche, ne ha preso le distanze. Come attenta dottrina ha sottolineato, il fatto stesso che il legislatore abbia definito “in positivo” la delegabilità di talune funzioni e non più “in negativo”, come aveva optato in precedenza, alla disposizione, di cui all’art. 1, comma 4 *ter* del d.lgs. 626/1994, che individuava gli obblighi indelegabili del datore di lavoro, significa che l’istituto non viene più concepito come un’eccezionale modalità di adempimento degli obblighi di prevenzione, bensì come «la regola – *rectius*, la corretta regola – di gestione di un’organizzazione complessa»<sup>53</sup>.

Tuttavia, bisogna operare una preliminare distinzione, non sempre tenuta in dovuta considerazione, tra i requisiti della delega di funzioni, che devono sussistere *ab origine* (di validità) e i requisiti che influiscono successivamente sul suo processo di funzionamento (di efficacia), mutuando, con le dovute accortezze, dei concetti appartenenti al diritto civile. Difatti, una delega può essere valida inizialmente ma inefficace nella sua dimensione “funzionale”, per esempio quando non corrisponde ad un effettivo incarico di funzioni; oppure, ancora, una delega può essere valida ed efficace inizialmente e poi non essere più efficace perché, per esempio, il delegante si ingerisce nell’attività del delegato, causandone un’implicita revoca<sup>54</sup>.

Nei paragrafi successivi si andranno ad analizzare per primi i cosiddetti requisiti formali, affinché una delega possa essere ritenuta valida.

### ***2.1. I requisiti formali: la forma scritta della delega di funzioni, tra incertezze dogmatiche e difetti di coordinamento***

---

<sup>53</sup> In tal senso, F. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1147 che si domanda, altresì, se un atto di autonomia privata, come potrebbe essere una disposizione statutaria, possa limitare la delegabilità di talune funzioni del datore di lavoro, in senso più restrittivo rispetto a quanto stabilito dal t.u.; al quesito dà una risposta negativa, perché solo la disposizione di legge specifica potrebbe limitarne l’utilizzo, come previsto all’art. 16 del d.lgs. 81/2008 che sancisce che «ove non espressamente esclusa» la delega è ammessa e quindi solo una disposizione di legge potrebbe limitarne l’utilizzo (la disposizione, di cui all’art. 17 del d.lgs. per esempio) e non un atto di autonomia privata. Nello stesso senso, D. PULITANÒ, voce *Igiene*, cit., 107.

<sup>54</sup> Si veda, per tutti, la dettagliata distinzione di A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985, 275 ss. Più di recente C. BRUSCO, *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. di mer.*, 11, 2008, 2778; V. B. MOSCATIELLO, *Disciplina generale. Titolo I*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Diritto penale del lavoro*, Milano, 2015, 78 ss.

Tra le disposizioni che positivizzano i c.d. requisiti formali della delega di funzioni, che non riguardano, quindi, il contenuto sostanziale della stessa, primo fra tutti, alla all'art. 16, comma 1, lett. a) viene prevista la necessità che l'atto di trasferimento rivesta forma scritta. La questione è di non poco momento dato che, prima della positivizzazione legislativa, gli orientamenti giurisprudenziali sul punto non erano univoci. Si ricorda un orientamento minoritario, maggiormente rigorista, che richiedeva la forma scritta della delega per la costituzione di un valido trasferimento della posizione di garanzia, come se il requisito venisse previsto *ad substantiam*<sup>55</sup>. Un' ulteriore corrente interpretativa richiedeva, concretizzando sostanzialmente un'inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato, che la delega di funzioni dovesse essere provata nell'esistenza e nel contenuto da chi la deduce<sup>56</sup>.

Mentre, soprattutto da parte della giurisprudenza di legittimità, si propendeva sì per un accertamento rigoroso ma senza un'inversione dell'onere della prova, per evitare che questo strumento possa essere fonte di elusione della responsabilità penale<sup>57</sup>.

In ogni caso si escludeva che la delega di funzioni potesse essere inespressa o implicita, dal momento che, di conseguenza, si creava un'insanabile incertezza sull'esistenza di una posizione di garanzia derivata<sup>58</sup>. Una corrente minoritaria, invece, riteneva che potesse essere desunta, comunque, dalla documentazione aziendale afferente alla ripartizione dei ruoli, da deposizioni testimoniali, ovverossia dall'organizzazione effettiva dell'impresa<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Tra le pronunce aderenti a questo indirizzo formalistico, Cass., Sez. IV, 1° luglio 2003, n. 27939, in *Dir. e prat. lav.*, 2003, 2101; Cass., Sez. III, 6 giugno 2003, n. 24800, in *Dir. e prat. lav.*, 2003, 2102. Per una critica a questo orientamento V. MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 3978, in cui si sottolinea che nel diritto civile stesso per gli atti negoziali vige il principio di libertà della forma e sarebbe irragionevole nel diritto penale ritenere, invece, la regola del formalismo applicabile alla delega di funzioni.

<sup>56</sup> In questo senso, Cass., Sez. III, 1 giugno 2000, in *Ig. sic. lav.*, 2001, 437, 437 in cui si è specificato che la delega di funzioni non possa essere provata per testimoni.

<sup>57</sup> Tra le sentenze espressioni di questo indirizzo si veda Cass., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12800, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 360 ss. la cui massima enuncia «in tema di infortuni sul lavoro, il datore di lavoro può essere esonerato dalla responsabilità penale se dimostri di aver delegato ad altri i relativi compiti con atto certo ed inequivoco che, quantunque non necessariamente scritto, deve poter essere provato in modo rigoroso quanto al contenuto e alla forma espressa».

<sup>58</sup> F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1149.

<sup>59</sup> In dottrina si veda per questo indirizzo minoritario F. STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 1264; F. CENTONZE, *ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penale e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 369.

Il legislatore, invece, opera una precisa scelta in senso formalista, forse influenzato dal retaggio dogmatico che vedeva la delega di funzioni come un istituto di natura “eccezionale”, ma è volto, soprattutto, a dare preferenza alle istanze di certezza nella ripartizione di funzioni prevenzionistiche, rispetto al regime probatorio ordinario vigente in materia penale. Difatti, come la dottrina maggioritaria ha sottolineato, il requisito della forma scritta per la validità, non solo permetterebbe una maggior conoscibilità dello strumento, soprattutto verso i terzi, ma altresì, di risolvere le difficoltà probatorie, che contraddistinguono l’istituto *de qua* nella prassi applicativa; in particolare, è stato sottolineato che le critiche rivolte in passato alla tesi formalista sulla validità della delega avevano ragion d’essere, perché alcuna disposizione prevedeva l’obbligo di forma scritta, al contrario, con la disposizione, di cui all’art. 16, comma 1, lett. a), e) le stesse verrebbero definitivamente meno<sup>60</sup>.

Una simile interpretazione ha posto dei problemi di coordinamento, però, con il principio di effettività, di cui all’art. 299, che sancisce, come sopra enunciato, la titolarità della posizione di garanzia anche a chi, pur sprovvisto di una qualifica, eserciti, in concreto, i poteri giuridici riferiti alla posizione di garanzia che di fatto riveste, dal momento che il delegato, investito dei corrispondenti poteri giuridici da una delega non scritta, dovrebbe essere, comunque, considerato garante derivato, per il principio di effettività.

Secondo un’opzione interpretativa le due disposizioni si contemperano, facendo leva sull’uso dell’avverbio «altresì», potendo affermare che, ai sensi dell’art. 299 t.u., un delegato non investito di regolare investitura, a fronte di una delega invalida, possa, comunque, rispondere come garante perché esercita in concreto i poteri giuridici delegatigli, ma anche il delegante risulterebbe non liberato dai propri obblighi, a fronte della delega non conferita in forma scritta<sup>61</sup>. Una simile ricostruzione è evidente che crei frizioni con il principio di colpevolezza, che non ammette che il delegante risponda penalmente, qualora non gli si possa muovere alcun rimprovero, sia perché ha conferito una delega effettiva, pur non in forma scritta, sia perché possa avere assolto al suo obbligo di sorveglianza, ai sensi dell’art. 16, comma 3 t.u.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Così come ha sottolineato V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 83; C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2781.

<sup>61</sup> Orientamento che è stato richiamato in senso critico da F. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1151

<sup>62</sup> C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2781.

Secondo altro indirizzo giurisprudenziale la delega invalida, perché priva dei requisiti di forma, potrebbe valere come nomina a preposto<sup>63</sup>.

Una tesi di segno contrario pone, invece, l'accento sul termine «risultare» della disposizione normativa, di cui all'art. 16, comma 1, lett. a), che deve essere interpretato come “documentare” e che, dunque, la forma scritta venga prevista soltanto *ad probationem* e non *ad substantiam*. Come conseguenza, dunque, una delega in forma scritta anche conferita con un atto redatto successivamente renderebbe la delega valida ed efficace<sup>64</sup>.

La giurisprudenza attualmente maggioritaria sembra che si sia assestata su una posizione fortemente ispirata al principio di effettività, sicché l'efficacia devolutiva della delega di funzioni sarebbe «subordinata all'esistenza di un atto traslativo dei compiti connessi alla posizione di garanzia del titolare, che sia connotato dai requisiti della chiarezza e della certezza, i quali possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né “*ad substantiam*” né “*ad probationem*”»<sup>65</sup>.

Si condivide, tuttavia, l'opinione di quella dottrina che ha messo in luce come entrambe le opzioni interpretative presentino delle criticità dogmatiche difficilmente superabili perché nel processo penale, a differenza di quanto accade nel diritto civile, i profili relativi alla validità formale e alla forma per la prova nel processo sono strettamente connessi tra loro. Concepire l'obbligo di forma scritta per la delega di funzioni come requisito costitutivo della fattispecie, è estraneo al diritto penale, distante dalla *ratio* formalista propria di taluni istituti di diritto civile, che è rivolto, piuttosto, a

---

<sup>63</sup> Cass., Sez. III, 27 gennaio 1999, n. 1142, CED 212822.

<sup>64</sup> N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 140.

<sup>65</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 12 marzo 2021, n. 9823 in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 30 ottobre 2019, n. 44141 in *Olympus*; Cass., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 14352 in *Dejure* specifica, altresì, le modalità con cui la delega debba essere provata, per cui, trattandosi di una causa di esclusione di responsabilità deve essere dimostrata da chi l'allega (e non un dato che concorre a circoscrivere gli elementi costitutivi del fatto tipico dunque); Cass., Sez. III, 2 ottobre 2013 (dep. 23 gennaio 2014), n. 3107, in *Olympus*. Non mancano pronunce di segno contrario che applicano in modo ortodosso la disposizione, di cui all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008 come Cass., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14141, in *Olympus*, che sancisce che «la delega di funzioni (art. 16 d.lgs. n. 81/2008) deve essere inequivoca e rilasciata in forma scritta *ab substantiam* solo quando rilasciata dal datore di lavoro. Ogni altra delega di funzione, quando non rilasciata dal datore di lavoro, non rientra nell'ipotesi di cui all'art. 16 del D.Lgs. 81/08. Il conferimento delle funzioni, in questo ultimo caso, richiede l'esistenza di un atto traslativo dei compiti connessi alla posizione di garanzia del titolare, che sia connotato dai requisiti della chiarezza e della certezza, i quali possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né “*ad substantiam*” né “*ad probationem*”».

concetti sostanziali, come la meritevolezza di pena. Senza contare che, da una parte le prassi di conformità solamente formali non garantiscono maggiori standard di sicurezza, dall'altra, condizionare la punibilità di un datore di lavoro all'assenza del requisito formale, ancorché vi sia una delega effettiva e l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza, potrebbe creare contrasto con la disposizione, di cui all'art. 27, comma 1, della Costituzione<sup>66</sup>. Intendere l'obbligo di forma scritta, invece, come requisito per la prova nel processo attuerebbe un'inversione dell'onere della prova dato che la delega di funzioni sarebbe un fatto giuridico, da cui origina un elemento costitutivo della fattispecie, ovverossia la titolarità delle funzioni, quindi concorrerebbe ad integrare un presupposto della qualificazione della condotta tipica, basata sull'abuso dei poteri<sup>67</sup>. Nello specifico potrebbe contrastare con il principio costituzionale dell'*in dubio pro reo* se concepito come *standard* probatorio per la dimostrazione di fatti favorevoli per la difesa, dal momento che, normalmente non sono ammissibili presunzioni sfavorevoli al reo di maggiore efficacia conoscitiva di talune prove rispetto ad altre<sup>68</sup>.

Oltre che si pone in contrasto con il principio della libertà dei mezzi di prova tra le parti vigente nel processo penale, di cui all'art. 189 c.p.p. e il principio del libero convincimento del giudice, di cui all'art. 192, comma 1, c.p.p., contrariamente a quanto viene previsto, invece, nel codice civile per la prova di taluni istituti<sup>69</sup>.

Non sembra, dunque, neanche essere in linea di continuità con l'indirizzo giurisprudenziale, di cui in precedenza si è fatto cenno, che richiedeva a carico del delegante un onere della prova "certa" e "rigorosa" del rilascio e del contenuto specifico della delega, che poteva anche, però, non consistere necessariamente nella produzione di un documento scritto<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Così come ha messo in luce V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 84.

<sup>67</sup> N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 830.

<sup>68</sup> Come già messo in luce da A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 324 condiviso da V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 84.

<sup>69</sup> A. RUSSO, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in di M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo d.lgs. n 106/2009*, Milano, 2009, 342.

<sup>70</sup> Nonostante le criticità esposte la maggioranza della dottrina condivide questa impostazione più aderente al dettato legislativo, D. PIVA, *Delega di funzioni: oneri probatori presunzioni e regole di esperienze*, in *Riv. dir. pen. ec.*, 2006, 732. Si tiene espressione di questo orientamento *ex plurimis* Cass., Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36605, in *Guida al dir.*, 2012, 2, 69; Cass., Sez. 22 aprile 2008, n. 16465, in *Giur. It.*, 2009, 442; Cass., Sez. III, 22 giugno 2006, n. 29138, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 1891.

Il testo unico del 2008, dunque, sembra avere privilegiato un'opzione formalista per la delega di funzioni, mentre, invece, per la ripartizione delle competenze dei garanti originari *ex lege* previste (del datore di lavoro, del dirigente e del preposto) sembra avere optato per un'impostazione funzionalista, che valuta come le stesse si articolano realmente nella realtà dell'impresa, da quanto si evince sia dalle definizioni normative<sup>71</sup> ed altresì dalla disposizione, di cui all'art. 299; in definitiva sembra avere consegnato, forse, un istituto di non facile coordinamento con il contesto normativo in cui è inserito<sup>72</sup>.

## 2.2. (Segue.) *Gli altri requisiti formali: l'accettazione per iscritto, la "data certa" e la pubblicità*

Oltre alla necessità che la delega di funzioni venga conferita in forma scritta, il testo unico sancisce che la stessa debba essere accettata in forma scritta dal delegato<sup>73</sup>, come previsto dall'art. 16, comma 1 lett. e), come logica conseguenza, del resto, del requisito formale posto *ad substantiam*<sup>74</sup>; da questa disposizione si desume che la delega di funzioni venga ormai incontrovertibilmente concepita come atto avente natura di negozio bilaterale e non unilaterale<sup>75</sup>. Per l'impostazione maggioritaria, difatti, il fondamento giuridico della trasferibilità delle posizioni di garanzia tramite atto negoziale sarebbe la disposizione, di cui all'art. 1372 c.c., che assegna al contratto forza di legge tra le parti e

---

<sup>71</sup> Cfr. diffusamente *supra* Cap. I, Sez. III, dove si mette in luce come la definizione di datore di lavoro, per esempio, venga incentrata prevalentemente su un parametro funzionale, piuttosto che di tipo formale.

<sup>72</sup> In tal senso V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 85. Secondo alcuni, da ciò si desumerebbe, altresì, che la necessità di forma scritta nella delega sarebbe circoscritta solo alle funzioni proprie del datore di lavoro, unico garante idoneo ad investire un diverso soggetto dei relativi adempimenti, così T. PADOVANI, *Delega di funzioni*, cit., 1590 ss.

<sup>73</sup> Il requisito dell'accettazione in forma scritta nella prassi applicativa presenta, talvolta, dei profili di criticità; per esempio, quando il delegato non presta il suo consenso e si trova nell'unità organizzativa connessa alla delega di funzioni, oppure quando la proposta di delega viene affiancata ad un cambio di mansioni o di unità. Difficile, però, da ipotizzarsi è la perdita di efficacia della stessa quando, corredata da tutti i requisiti di forma e di sostanza, non voglia essere accettata dal delegando, pur essendo necessaria per una miglior tutela del bene giuridico. Sul punto ampiamente V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 86-87.

<sup>74</sup> In senso, comunque, critico, V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 83; C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2781; F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1151-1152; T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 40. In giurisprudenza, si vedano tra le pronunce che sembrano avallare la forma scritta per la validità, Cass., Sez. IV, 1° dicembre 2009, n. 4593, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14141 in *Olympus*.

<sup>75</sup> In tal senso, S. TORDINI CAGLI, *La delega di funzioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, 129.

nella disposizione, di cui all'art. 1322 c.c., che regola la libertà negoziale delle parti, purché diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela<sup>76</sup>.

Il requisito della data certa è stato introdotto per evitare che la stessa non fosse oggetto di falsificazione ma soprattutto per evitare che il delegato, pur munito di effettiva delega dal punto di vista sostanziale, agisse ancora in assenza di un formale atto di conferimento, intervenuto solo successivamente l'operazione delegata. Ebbene, in ragione delle incertezze che connotavano l'interpretazione del requisito, di cui all'art. 16, comma 1, lett. a), parte della dottrina ha ritenuto di poter assimilare analogicamente le indicazioni resa dal Garante della Privacy, in ordine all'analogo requisito richiesto per l'atto, di cui all'art. della l. 3 novembre 2000, n. 325 (ormai abrogata), in materia di trattamento dei dati personali. Sul punto l'organo in questione aveva chiarito che il requisito si dovesse interpretare con lo stesso tenore di quello previsto in sede civilistica, alle disposizioni, di cui agli artt. 2702-2704 c.c. Tra gli atti che sicuramente danno prova verso i terzi della certezza della data rientra l'atto pubblico, la scrittura privata autenticata da un notaio o altro pubblico ufficiale ma come ha specificato il Garante della Privacy, anche altri fatti che consentano in modo inequivoco la collocazione temporale del conferimento della delega<sup>77</sup>.

La dottrina ha rilevato come la mancata menzione del requisito della data certa anche nell'atto di accettazione della delega fosse dovuto ad una mera svista del legislatore, data la natura di atto bilaterale della delega di funzioni e soprattutto perché, ai fini dell'assunzione della posizione di garanzia, rileva proprio il momento in cui il delegato abbia assunto su di sé i poteri/doveri del delegante<sup>78</sup>.

Infine, tra i requisiti di tipo formale si annovera, al comma 2 della disposizione, di cui all'art. 16, la necessità che alla delega venga data adeguata e tempestiva pubblicità. La disposizione, soprattutto perché calata in ambito penalistico, è sicuramente innovativa

---

<sup>76</sup> In tal senso T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 14; E. RAGANELLA, *Il nuovo volto della delega di funzioni alla luce del d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106 correttivo e modificativo del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 tra frammentazione della posizione di garanzia e "spersonalizzazione" della responsabilità penale*, Roma, 2009, 46; per una ricognizione sulle diverse impostazioni superate, che conferivano un diverso fondamento giuridico alla delega di funzioni (afferente al contratto di mandato, ovvero alla nomina dell'istitutore da parte dell'imprenditore, o ancora allo schema, di cui all'art. 2381, quindi agli organi degli amministratori delegati) si veda V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, cit., 146.

<sup>77</sup> Come ampiamente spiegato da V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 86.

<sup>78</sup> F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1152; V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 86.

e come tale è di difficile collocazione dogmatica, sia dal punto di vista della sua natura giuridica, sia dal punto di vista dei destinatari verso cui è rivolta.

Secondo una circolare interpretativa del Ministero dello sviluppo economico nel parere n. 31280 del 7 ottobre del 2008 sembra che la pubblicità del sistema di deleghe debba essere garantita mediante circolari o affissione sui luoghi di lavoro, quindi solo internamente o al gruppo di lavoro o al più all'interno dell'ente<sup>79</sup>; mentre per altri si ritiene che debba essere garantita come il meccanismo pubblicitario civilistico, bensì anche verso i terzi<sup>80</sup>. A tal fine è stato proposto che si potrebbe ricorrere all'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, mutuando il regime civilistico delle procure rilasciate agli institori e procuratori (agli artt. 2206 d 2209 c.c.)<sup>81</sup>.

In ogni caso è sicuramente interpretabile come un'ulteriore presa di posizione del legislatore a sfavore di deleghe implicite o “di fatto”, ma si conviene con la dottrina maggioritaria sull'impossibilità che la pubblicità richiesta per la delega di funzioni possa assurgere a requisito di validità della stessa, come accade in ambito civilistico, seppure in via d'eccezione, in cui talvolta la pubblicità detiene funzione costitutiva<sup>82</sup>.

Sempre “prendendo a prestito” le categorie del diritto civile, si può definire la pubblicità richiesta della delega più assimilabile ad una forma di “pubblicità-notizia”, che può, piuttosto, rilevare sul piano probatorio della negligente organizzazione del delegante inadempiente o come indizio di inattendibilità del trasferimento dei poteri<sup>83</sup>. A suffragio di questa tesi non si pone solo la collocazione normativa al comma 2 dell'art. 16 del requisito, rispetto a quelli del comma 1, esplicitamente preposti alla validità della delega, bensì anche la totale assenza di specificazioni in ordine alle modalità e all'ambito di divulgazione<sup>84</sup>.

Non si può non constatare la difficile opera ermeneutica da compiere nell'interpretazione della disposizione richiamata, che sicuramente testimonia l'intento di

---

<sup>79</sup> In tal senso sembra orientata la prassi amministrativa, F. BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, in *Ig. sic. lav.*, 2008, 255; N. D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 269; V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 92 che annovera tra le modalità di comunicazione del sistema delle deleghe anche la comunicazione scritta in buste paga, la pubblicazione sull'intranet aziendale e la comunicazione negli incontri assembleari.

<sup>80</sup> Da atto del contrasto interpretativo D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1152-1153.

<sup>81</sup> In tal senso A. SCARCELLA, *La delega di funzioni e i modelli di gestione nel D. Lgs. 81/08: aggiornata al D. Lgs. n. 106/09 (c.d. correttivo al Testo unico Sicurezza)*, Roma, 2011, 346.

<sup>82</sup> Tra i tanti, V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 92.

<sup>83</sup> Così come ha acutamente osservato V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 92.

<sup>84</sup> G. AMATO, *Le novità normative in tema di «delega di funzioni»*, in *Cass. pen.*, 2009, 2106.



conferire sì legittimità all'istituto ma al contempo, anche, una sua applicazione in senso restrittivo. Si denota, inoltre, che l'utilizzo di "trapianti giuridici", però, non può che porsi in un'ottica di difficile bilanciamento con le *rationes* della scienza penalistica, le quali, se non distanti, quantomeno sono indifferenti all'esigenze di certezza dei rapporti giuridici, di protezione del contraente e di opponibilità degli effetti giuridici di un atto.

### **2.3. I requisiti sostanziali: professionalità ed esperienza del delegato**

Tra i requisiti sostanziali afferenti, cioè, al contenuto della delega di funzioni, il legislatore ha positivizzato alla disposizione, di cui all'art. 16, comma 1, lett. b), che il delegato debba possedere «tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate».

Sulle modalità con cui si deve valutare il requisito di idoneità e professionalità si sono principalmente distinte due impostazioni, la prima, meno condivisibile, ritiene che il delegato non debba avere una competenza più specifica, rispetto alla generica capacità organizzativa del datore di lavoro. La tesi che qui si condivide, invece, esige che il delegato abbia una «competenza di tipo specialistico, da valutare alla luce della "specifica natura" delle funzioni oggetto di delega e dunque della concreta tipologia di rischio generata dallo svolgimento delle attività lavorative eseguite dall'impresa»<sup>85</sup>.

Parallelamente, il dovere preventivo in capo al delegante di verifica che il delegato abbia i requisiti idonei alla specifica funzione, non si intende esteso alla verifica, concretamente non esigibile, di tutte le possibili competenze richieste ma è sufficiente un vaglio di adeguatezza del curriculum del delegato, in relazione alla mansione delegata<sup>86</sup>.

Naturalmente l'adeguatezza della competenza e della professionalità del delegato deve essere mantenuta durante tutto il tempo perché altrimenti il datore di lavoro verrebbe meno al suo obbligo, di cui all'art. 30, comma 4, del testo unico di aggiornare le misure

---

<sup>85</sup> In tal senso, N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 2009, 142; V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 86; F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1154; A. GIULIANI, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D. Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 126. In senso contrario A. RUSSO, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, cit., 343.

<sup>86</sup> VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 42.

di organizzative nell'ambito della prevenzione degli infortuni sul lavoro, anche per quanto attiene alle deleghe<sup>87</sup>.

La dottrina più attenta ha rilevato come l'inserimento del requisito della professionalità ed esperienza del delegato tra i requisiti di validità della delega, comporti discutibilmente che, qualora gli stessi mancassero, una delega assegnata a persona inidonea escluderebbe direttamente la creazione di un ulteriore centro di imputazione della responsabilità penale. Sarebbe piuttosto, invece, contestabile una violazione del datore di lavoro delegante per *culpa in eligendo*, per avere scelto un delegato non dotato di requisiti necessari, riemergendo la sua posizione di garanzia originaria<sup>88</sup>.

Secondo questa impostazione, non viene in rilievo una violazione di una regola cautelare "modale", che conforma le modalità di attuazione di un'attività produttiva al fine di prevenire fatti lesivi per l'incolumità del lavoratore, bensì una violazione di una regola cautelare organizzativa antecedente, che impone di selezionare un delegato con adeguata competenza ed esperienza; del resto, il principio di affidamento permette che un delegante possa fare affidamento sul garante derivato solo se questi sia munito della necessaria professionalità ed esperienza per il compito affidatogli<sup>89</sup>. Al contempo, può configurarsi una responsabilità per colpa per assunzione del delegato, che ha deciso di espletare una funzione, di cui non aveva i requisiti di professionalità ed esperienza necessari<sup>90</sup>.

Tuttavia, non si può trascurare il significato del principio di effettività, positivizzato alla disposizione, di cui all'art. 299 t.u., e di come si riverberi in materia di delega di funzioni, mettendo, altresì, in luce il difetto di coordinamento della normativa, "in bilico" tra un criterio sostanzialistico e un criterio formalistico nella selezione dei centri di responsabilità.

---

<sup>87</sup> Obbligo che è richiamato alla stessa disposizione, di cui all'art. 16, comma 3 t.u., F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1154.

<sup>88</sup> D. PULITANÒ, voce *Igiene*, cit., 109.

<sup>89</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., ha ripreso questa distinzione, per la cui teorizzazione si veda F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2021, 223 ss. e di F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 107, che specifica che quando il delegato, invece, è abilitato dalla legge allora per il delegante sarà sufficiente una verifica formale dei requisiti. In ogni caso, quando non può validamente operare il principio di affidamento «la *culpa in eligendo* del soggetto delegante concorrerà con quella, eventuale, del soggetto delegato ai sensi dell'art. 113 c.p.». Similmente, D. PULITANÒ, voce *Igiene*, cit., 108.

<sup>90</sup> N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 142.

Secondo un indirizzo interpretativo, difatti, ai sensi della norma richiamata anche un delegato inadeguato se provvisto, in concreto, di poteri giuridici equivalenti a quelli oggetto di delega, che risulterebbe in tal caso invalida, potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente. D'altro canto, però, il delegante, essendo responsabile per non avere scelto un delegato adeguato, (per la sussistenza della sua posizione di garanzia originaria dal contenuto pieno e non rideterminato dal trasferimento di competenze oggetto di delega), sarebbe gravato di tutti gli adempimenti "modali", che dovevano essere espletati dal delegato e quindi potrebbe rispondere per la stessa violazione, insieme al delegato "di fatto"<sup>91</sup>.

Quando, addirittura, il delegante fosse consapevole dell'inadeguatezza professionale del delegato, la delega, allora, verrebbe usata con dolosa preordinazione, come strumento fraudolento di elusione della responsabilità penale<sup>92</sup>.

Un ulteriore ambito di dibattito, invece, attiene a quando la colpa nella scelta di un delegato inadeguato debba essere accertata se *ex ante*, nel momento in cui il delegante conferisce la delega, oppure *ex post*; la dottrina, che qui si condivide, ritiene che l'inadeguatezza del delegato non vada accertata *ex post*, sulla base della mera inadempienza, ma secondo il criterio della prognosi postuma, sempre se la condizione di garante derivato possa essere oggettivamente (o anche soggettivamente) riconoscibile<sup>93</sup>.

#### **2.4. (Segue.) Le condizioni sostanziali per la costituzione della posizione di garanzia derivata: i poteri di organizzazione, gestione, controllo e di autonomia di spesa**

La disposizione, di cui all'art. 16, comma 1, lett. c.) e lett. d) prevede, per l'efficace costituzione della posizione di garanzia derivata, che con lo strumento della delega di funzioni il delegante fornisca il delegato dei relativi poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni, nonché dell'autonomia di spesa necessaria al loro espletamento<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> In tal senso, V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 88.

<sup>92</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 88.

<sup>93</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 88; *contra* G. AMATO, *Le novità normative*, cit., 2100.

<sup>94</sup> Come ha specificato V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 89, tra i poteri organizzativi si possono annoverare quelli di direzione dell'ente e di coordinamento degli aspetti della sicurezza, tra i poteri di

Questi due requisiti testimoniano la volontà del legislatore di avallare una determinata scelta dogmatica in ordine alla costituzione della posizione di garanzia e, dal tenore letterale delle disposizioni, viene condivisa quella corrente ermeneutica, che fa leva sul fondamento sostanziale della *Garantenstellung*, che si estrinseca nel possesso dei poteri giuridici e fattuali d'intervento, che permettono una reale signoria sulle fonti di rischio per la salute e sicurezza. Ne consegue, affinché il delegato possa essere l'effettivo titolare di una posizione di garanzia trasferita, che acquisisca, anche, i relativi poteri decisori e finanziari del delegante, ma nei limiti delle competenze oggetto di delega<sup>95</sup>.

Tuttavia, ad una prima lettura, queste disposizioni possono sembrare che prescrivano un trasferimento di un *quantum* del complesso dei poteri, di cui il garante originario è titolare. Per il vero testimoniano la volontà del legislatore di frammentare la platea di garanti nell'ambito della sicurezza sul lavoro, attraverso la delega di singole competenze funzionali, facenti capo a poteri meno ampi di quelli apicali «ma qualitativamente idonei ad assolvere al ruolo di presidi di garanzia per la sicurezza dei lavoratori». La *ratio* che si desume è quella di garantire, dunque, la corrispondenza tra dominio effettivo sulla fonte di pericolo e responsabilità per l'evento<sup>96</sup>.

Ne consegue che, senza un effettivo trasferimento di poteri, il delegato non sarà titolare di un incarico di funzioni ma di un "incarico di esecuzione", senza rivestire un'effettiva posizione di garanzia<sup>97</sup>; inoltre, il delegante potrà trasferire anche singole porzioni della sua originaria sfera di competenza, purché il delegato sia munito dei rispettivi poteri ma nulla osta ad una delega con cui il datore trasferisca tutti i doveri datoriali, eccetto quelli espressamente non delegabili<sup>98</sup>.

Per quanto riguarda i poteri finanziari e di spesa necessari, affinché la delega possa essere efficace, devono essere correlati ad un'adeguata sfera di autonomia nella gestione

---

gestione quelli, ad esempio, della gestione dei rischi; quelli di controllo possono estrinsecarsi, per esempio, nella possibilità di avere accesso ai locali aziendali.

<sup>95</sup> Del resto sia in dottrina, sia in giurisprudenza da tempo si era ormai posto l'accento, in ambito antinfortunistico, sul fondamento sostanziale della posizione di garanzia perché presuppone che verta in capo a chi abbia un dominio attuale sull'organizzazione e sul processo produttivo. Come ha messo in luce, N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 125 ss. che ha, altresì, sottolineato come questa impostazione sia stata recepita in diverse disposizioni nel d.lgs. n. 81/2008

<sup>96</sup> N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 143; ID., *Profili penalistici*, cit., 832,

<sup>97</sup> *Ex plurimis* Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2019, n. 6564 in *Dejure* in cui l'autorità giudiziaria ha sancito che una delega, che non prevede il riconoscimento di un'autonomia di spesa al delegato ma esclusivamente la possibilità di fare ordini in esecuzioni di contratti quadro, non è una valida delega di funzioni ma un incarico di esecuzione.

<sup>98</sup> A. SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 350; così anche V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 89.

degli stessi. Nello stesso tempo, come ha autorevolmente sostenuto una parte della dottrina, non si può non conciliare la disposizione con le esigenze di un'impresa, che impongono la necessità di prevedere dei tetti di spesa per il delegato, che una volta superati, allora, diventi necessario un intervento autorizzatorio degli organi apicali<sup>99</sup>. Ciò non confligge ma conferma la *ratio* del requisito, perché la capacità finanziaria deve essere parametrata alle funzioni concretamente delegate, secondo un giudizio di adeguatezza da formulare *ex ante*. Pertanto, se dovessero sopraggiungere esigenze di spesa non preventivate o comunque eccedenti il *budget*, si condivide l'opzione interpretativa che sottolinea come il delegante debba specificare nell'atto di delega l'obbligo di segnalazione di una simile evenienza; mentre, se l'attività del delegato è in corso di attuazione, allora vige un obbligo di sospensione della stessa, qualora non si possa intervenire con azioni correttive. Conseguentemente, a seguito della segnalazione, il delegante ha un obbligo di intervento tempestivo, dal momento che, in caso di inerzia o di ingiustificato diniego di autorizzazione, sembra corretto che risponda il delegante e non il delegato<sup>100</sup>.

Come già rilevato per gli ulteriori requisiti, anche in tal caso si condivide l'opinione di chi ha sottolineato come sembra improprio parlare di condizioni di validità (o talvolta di condizioni di efficacia), mutuando gli istituti civilistici *tout court*, dato che viene in rilievo la titolarità o meno di determinati poteri e l'impiego di determinate risorse da parte del delegato. Mentre, può essere considerato propriamente un fattore interruttivo o comunque sospensivo dell'efficacia della delega il trasferimento del delegato lontano dalla fonte di pericolo sulla quale può esercitare i collegati poteri impeditivi (che comprendono quelli di organizzazione, di gestione, di controllo e di spesa), soprattutto quando la vicinanza ad essa è necessaria per esercitarli<sup>101</sup>.

Considerata l'obbligatorietà della forma scritta in relazione alla «specifica natura delle funzioni delegate», che non ammette una delega generica, ed alla luce delle

---

<sup>99</sup> F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1156; nello stesso senso G. AMATO, *Le novità normative*, cit., 2100.

<sup>100</sup> Già messo in luce da D. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 71; così anche V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 89 ha messo in luce come la strutturazione dei requisiti in parola si discosta da quella giurisprudenza previgente che, discutibilmente, pretendeva una piena autonomia decisionale e di spesa del delegato, escludendo la possibilità che possa sussistere una delega per singoli ambiti della gestione, contravvenendo alle concrete esigenze dell'impresa. Per un esempio di una pronuncia di questo indirizzo, Cass., Sez. III, 5 novembre 2002, n. 246, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 508.

<sup>101</sup> Si condivide l'acuta osservazione di V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 90.

considerazioni svolte, dunque, l'atto di delega deve specificare non solo le competenze trasferite ma anche i conseguenti poteri necessari per esercitarle effettivamente.

Infine, si ricorda come in passato la giurisprudenza<sup>102</sup>, ai fini di una valida delega di funzioni, ritenesse che non dovesse sussistere ingerenza alcuna nell'operato del delegato da parte del delegante, perché altrimenti si sarebbe trattato di una delega *ab origine* invalida o inefficace in via sopravvenuta (in caso di atti di ingerenza, come ostacolare le spese deliberate o non conferire le risorse prestabilite, per esempio, fossero intervenuti, come spesso accade in corso del rapporto); la dottrina, dopo la positivizzazione dei requisiti sostanziali nel d.lgs. n. 81/2008, ha ritenuto fosse più corretta un'interpretazione meno restrittiva, che concepisse l'ingerenza intervenuta successivamente idonea a privare di contenuto solo quando è precisamente indirizzata a privare degli effetti la delega conferita, con conseguente riassunzione di poteri<sup>103</sup>.

### ***2.5. L'elencazione tassativa dei requisiti della delega di funzioni e l'irrilevanza delle dimensioni dell'impresa***

Una delle conseguenze applicative più significative della positivizzazione dei requisiti della delega di funzioni enunciati nel d.lgs. n. 81/2008 si riscontra nella loro elencazione tassativa. Per questa ragione, si sottolinea come non compaia più tra questi il requisito dimensionale dell'impresa, che in precedenza veniva annoverato come un requisito necessario per la valida delega, tale per cui la stessa era ammessa solo nelle aziende di grandi dimensioni, dove il datore di lavoro aveva necessità di ripartire le sfere di competenze.

Questo limite alla configurazione della delega di funzioni si riscontrava in un filone giurisprudenziale<sup>104</sup> - consolidatosi prima della vigenza dell'attuale testo unico - che prevedeva tra i requisiti della delega di funzioni, anche, quello della "necessità" della

---

<sup>102</sup> Tra queste si ricorda, Cass., Sez. III, 23 maggio 1996, n. 5242 in *Cass. pen.*, 1997, 1868.

<sup>103</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 282; in seguito anche V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 91.

<sup>104</sup> Si veda per esempio Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1983, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1984, 531, m. 387; più di recente, Cass., Sez. III, 22 febbraio 2006, n. 11909, in *Cass. pen.*, 2007, con nota di A. MONTAGNA, *Sulle condizioni di operatività della delega di funzioni*, 2964 e con nota da A. MADEO, *Vendita di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione: reato di pericolo o di danno?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 77; Cass., Sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 11358, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, con nota di A. PIVA, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, 719.

stessa solo nelle imprese di rilevanti dimensioni, dove emergerebbe l'esigenza di ripartire i compiti, ove non si potrebbe pretendere un controllo minuzioso del datore di lavoro in tutte le articolazioni dell'azienda; mentre, nelle imprese di piccole dimensioni questo strumento di divisione del lavoro non sarebbe necessario.

La dottrina, da tempo, aveva sottolineato come l'esigenza di divisione del lavoro non fosse esclusivamente influenzata dalle rilevanti dimensioni di un'impresa, quanto piuttosto dalla complessità organizzativa o tecnica del relativo processo produttivo, richiedente una ripartizione di funzioni, dalla dislocazione sul territorio nazionale o all'estero o comunque da tutte le caratteristiche che renderebbero impraticabile una gestione accentrata. Inoltre, anche l'assenza nel precedente testo unico di alcuna menzione alle dimensioni dell'impresa nella disposizione, che esplicitamente elencava gli obblighi datoriali non delegabili, propendeva per un'irrelevanza del limite quantitativo in questione<sup>105</sup>.

Attualmente, come enunciato, questo indirizzo interpretativo è definitivamente emerso alla luce della positivizzazione dei requisiti tassativi della delega di funzioni sicché «non sarebbe giustificato richiederne un altro non indicato e certamente non sconosciuto ai redattori della norma che hanno, in tutta evidenza, preso in considerazione i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per la validità della delega»<sup>106</sup>; tanto più se si considera che arbitrarie limitazioni alla libertà di iniziativa economica confliggerebbero, altresì, con la disposizione, di cui all'art. 41 Cost., che ne sancisce la relativa tutela sul piano costituzionale<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 318 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Milano, 1983, 69 ss. F. CENTONZE, *ripartizione di attribuzioni*, cit., 377; D. PIVA, *Delega di funzioni*, cit. 738 che sottolinea come le pronunce che avallavano questa statuizione spesso non indicavano proprio i criteri per stabilire quando un'impresa fosse di rilevanti dimensioni. In giurisprudenza si era consolidato un orientamento minoritario, che avallava questa dottrina, Cass., Sez. III, 13 settembre 2005, n. 33308, in *Cass. pen.*, 2006, 2928; Cass., Sez. III, 13 marzo 2003, n. 521, con nota di V. FEDELE, *Una pronuncia in tema di requisiti essenziali della delega di funzioni in materia ambientale*, in *Cass. pen.*, 2004, 4202, che aveva sancito che possono giustificare la delega, «oltre alle dimensioni dell'impresa la titolarità di altre piccole aziende in capo al rappresentante legale, ovvero la particolare professionalità di un dirigente in un settore al alto tasso tecnico che induce il titolare dell'azienda ad affidargli la responsabilità del settore e simili».

<sup>106</sup> C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2778.

<sup>107</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 91; N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 829.

### ***3. La delega come criterio generale di adempimento degli obblighi prevenzionistici e le funzioni non delegabili in via di eccezione***

Come già analizzato, la non delegabilità di talune funzioni era già stata espressamente sancita alla disposizione, di cui all'art. 1, comma 4 *ter* del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626; tra queste vi erano la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, la redazione del documento di valutazione dei rischi, la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione e l'autocertificazione della valutazione del rischio.

Con il nuovo testo unico, alla disposizione, di cui all'art. 17, viene confermata l'impossibilità di trasferire la valutazione dei rischi, la redazione del relativo documento e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, mentre non si ritrova più l'espressa non delegabilità dell'autocertificazione perché, verosimilmente, come è stato sottolineato, si è forse ritenuta la disposizione ridondante, dato che sarebbe incongruo ritenere delegabile l'autocertificazione di un compito non delegabile<sup>108</sup>. Un'ulteriore novità si denota dalla lettura in combinato disposto degli artt. 17 e 29, comma 5, t.u.<sup>109</sup>, ovverossia la possibilità di delegare nelle imprese di piccole dimensioni la valutazione del rischio. Questo perché un simile compito è congiunto alla predisposizione del relativo documento di valutazione, di cui all'art. 29, comma 1, che rientra, propriamente, tra gli obblighi non delegabili, di cui agli artt. 17; mentre, quella afferente alle piccole imprese, al comma 5 summenzionato, è scollegata dalla redazione del relativo documento e pertanto non rientra nel campo applicativo, di cui all'art. 17<sup>110</sup>.

Oltre a questa elencazione afferente agli obblighi prevenzionistici, considerando la natura della delega di funzioni - che per la concezione maggioritaria costituisce una nuova posizione di garanzia in capo al delegato ma non è totalmente liberatoria per il delegante, - si ritengono non delegabili, altresì, gli obblighi giuridici di impedimento dei reati

---

<sup>108</sup> In tal senso C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2775.

<sup>109</sup> «Art. 29 *Modalità di effettuazione della valutazione dei rischi*.

5. Fermo restando quanto previsto al comma 6-ter, I datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori effettuano la valutazione dei rischi di cui al presente articolo sulla base delle procedure standardizzate di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f). Fino alla scadenza del terzo mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto interministeriale di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f), e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2012, gli stessi datori di lavoro possono autocertificare l'effettuazione della valutazione dei rischi. Quanto previsto nel precedente periodo non si applica alle attività di cui all'articolo 31, comma 6, lettere a), b), c), d) nonché g)».

<sup>110</sup> Come ha precisato N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 834.



fallimentari e societari, né tantomeno, secondo taluni, gli obblighi tributari, data la natura pubblicistica del rapporto e la natura personale del suo adempimento<sup>111</sup>. Sul punto si vedrà, tuttavia, come il problema debba essere affrontato da un punto prospettico differente, cioè bisogna domandarsi se la delega di funzioni possa essere concepita o meno come uno strumento generale di trasferimento degli obblighi giuridici afferenti alle posizioni di garanzia<sup>112</sup>.

In ogni caso, come è stato correttamente ribadito in dottrina, sancire l'indelegabilità di taluni obblighi non vuole dire che il datore di lavoro sia obbligato al loro adempimento personale, dato che molto spesso non è dotato delle competenze specifiche necessarie e si deve necessariamente avvalere di un terzo per la loro esecuzione<sup>113</sup>. In tal caso, il datore di lavoro ricorrerà ad un incarico di esecuzione e non ad un incarico di funzioni (non delegabili), con cui incaricherà a terzi idonei e competenti il mero adempimento, senza spogliarsi della posizione di garanzia e l'atto sarà sempre a lui imputabile<sup>114</sup>. Per evitare che la responsabilità del datore di lavoro non configuri una responsabilità oggettiva, il giudice dovrà sempre valutare se l'errore in cui è incorso il professionista-esecutore sia riconoscibile dal datore di lavoro, poiché solo in tal caso potrà muovere al datore di lavoro un rimprovero, a titolo di colpa, per non avere correttamente vigilato sull'operato del terzo, tramite il quale si serve per adempiere al suo obbligo<sup>115</sup>.

### ***3.1. L'ambito soggettivo di applicazione della delega di funzioni, la subdelega e la delega a terzi estranei all'organizzazione aziendale***

Una volta delineato il quadro degli obblighi prevenzionistici indelegabili, bisogna cercare di comprendere, dunque, come si inserisce la disposizione, di cui all'art. 16, con

---

<sup>111</sup> Data l'impossibilità di sottrarsi al loro adempimento personale, secondo l'impostazione di C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 134; C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2774.

<sup>112</sup> Diffusamente, cfr. *postea* Cap. IV, Sez. II.

<sup>113</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, par. 3 sulla differenza tra incarico di funzioni ed incarico di esecuzione.

<sup>114</sup> In senso critico E. SCAROINA, *La responsabilità penale del datore di lavoro*, cit., 191 ove si evidenzia come la scelta del legislatore del 2008 di escludere la delegabilità di queste mansioni abbia indotto la prassi applicativa ad attribuire la responsabilità, talvolta, sulla base di una semplice posizione rivestita dal soggetto apicale; problema parzialmente irrisolto anche a seguito dell'introduzione nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001, disciplinante la responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato, della disposizione, di cui all'art. 25 *septies*.

<sup>115</sup> In giurisprudenza Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919. In dottrina C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2775.

le posizioni di garanzia originarie delineate dal testo unico del 2008. In altri termini ci si domanda quale soggetto possa effettivamente delegare le proprie funzioni.

Gli interrogativi non sono di così facile risoluzione e dalla lettura delle disposizioni, di cui agli artt. 16 e 17, si desume che l'area delle funzioni prevenzionistiche viene divisa in due, l'una riguardante le funzioni delegabili, l'altra quelle non delegabili ma entrambe riferibili al datore di lavoro. Pertanto, ci si domanda se esistono nel sistema della sicurezza sul lavoro funzioni proprie esclusive del solo datore di lavoro, non delegabili, non comprese nelle attività non delegabili, *ex art. 17*. Come attenta dottrina ha analizzato, dall'analisi delle tipologie delle norme sanzionatorie contenute nel t.u., si osserva che quest'ultime si possono distinguere in sanzioni a carico del solo datore di lavoro, ricomprese nello spettro applicativo dell'art. 28, disciplinante ciò che rientra nel perimetro della valutazione dei rischi e disposizioni che sanzionano sia il datore di lavoro, sia il dirigente; all'interno di questa seconda macrocategoria vi rientrano da una parte i precetti che specificano, concretizzandoli, i doveri generali, di cui all'art. 18 (che disciplina gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente), che configurano un quadro di funzioni, da cui la posizione di garanzia dipende dalle competenze e dai poteri concretamente esercitati ed esercitabili. Mentre, un secondo gruppo contempla delle condotte non riconducibili al summenzionato art. 18, ma piuttosto delle violazioni di obblighi comportamentali connessi, comunque, alla valutazione dei rischi.

Da quanto esposto emerge che nel testo unico esistono delle competenze proprie del datore di lavoro indelegabili (salvo delega di mera esecuzione), altre funzioni proprie sia del datore di lavoro, sia del dirigente, per le quali lo strumento della delega di funzioni non è necessario ma utilizzabile e un terzo gruppo di competenze proprie del datore di lavoro, per cui, nonostante il dirigente possa essere dotato dei relativi poteri e competenze effettive, la posizione di garanzia del primo permarrrebbe nella sua interezza; sicché, in tali ultimi casi, lo strumento della delega di funzioni si pone come esclusivo strumento per attribuire queste competenze esclusive del datore di lavoro al dirigente<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> La tesi qui riportata di T. PADOVANI, *Delega di funzioni*, cit., 1591 ha dei particolari risvolti anche per quanto riguarda le conseguenze date dalla mancanza dei requisiti di validità della delega di funzioni, dato che specifica che «la legge disciplina un atto necessario *ad substantiam* per determinati effetti civili rilevanti per il diritto penale ma che il diritto penale non potrebbe riconoscere autonomamente per il difetto di uno strumento di qualificazione alternativo (l'investitura irregolare ancorché effettiva non potrebbe in questo caso supplire perché le competenze e le attribuzioni dirigenziali non possono includere funzioni esclusivamente datoriali)»

Il campo di elezione della delega di funzioni, secondo una parte della dottrina, può essere esteso, altresì, alle funzioni attribuite *ex lege* al dirigente, previo consenso espresso del datore di lavoro o degli organi amministrativi competenti; mentre non sembra possibile ricorrere alla delega di funzioni, *ex art. 16* per il preposto, che perde le sue funzioni solo con il venire meno della stessa qualifica<sup>117</sup>.

Per quanto attiene, invece, la possibilità del soggetto delegato di subdelegare le funzioni a lui conferite, la disposizione, di cui all'art. 16, comma 3 *bis*, così come modificata dall'art. 12 del decreto correttivo n. 106/2009, stabilisce espressamente la possibilità per il soggetto delegato di trasferire a sua volta, alle medesime condizioni a cui il delegante aveva in precedenza fatto ma esclude che il soggetto subdelegato possa, a sua volta, delegare le funzioni. Il legislatore ha, dunque, accolto la tesi, secondo cui non vi fosse nessun ostacolo all'autonomia organizzativa del delegato di trasferire a sua volta le funzioni, previo atto di assenso da parte del datore di lavoro «per evitare che si interrompa la catena di controllo e che la vigilanza datoriale sull'andamento generale della sicurezza non risulti pregiudicata»<sup>118</sup>.

Se da una parte la formulazione normativa della disposizione che positivizza la subdelega è alquanto scarna, tuttavia ha espressamente previsto che la subdelega debba essere subordinata all'atto autorizzatorio del datore di lavoro, delegante primario. Per quanto riguarda, invece, i limiti dello stesso atto, in assenza di un'indicazione legislativa, si contrappongono diverse opzioni interpretative: secondo un orientamento questi si porrebbero in linea di continuità con la possibilità *ex lege* prevista di porre proprio un veto alla possibilità di subdelegare<sup>119</sup>; mentre, secondo una diversa opzione ermeneutica,

---

<sup>117</sup> C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2775. Sul punto, durante la vigenza del precedente testo unico, si veda *supra* in questo capitolo, Sez. I, par. 2.1; in giurisprudenza, per il vero, si riscontra un orientamento ondivago, che non esclude l'ammissibilità di una delega al preposto da parte del datore di lavoro, con conseguente obbligo di controllo del delegante sul delegato-preposto. Così Cass., Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 8160 in *Olympus*. In altre sentenze, invece, si distingue propriamente la delega di funzioni disciplinata dal testo unico e ogni altra ipotesi di delega, tra cui quella al preposto, non rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 16 t.u. «Il conferimento delle funzioni, in questo ultimo caso, richiede l'esistenza di un atto traslativo dei compiti connessi alla posizione di garanzia del titolare, che sia connotato dai requisiti della chiarezza e della certezza, i quali possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né "ad substantiam" né "ad probationem"». Così Cass., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14141, in *Olympus*

<sup>118</sup> F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1132. In senso contrario, A. RUSSO, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, cit., 348, aveva evidenziato il rischio di "scivolamento verso il basso" della responsabilità penale, che potrebbe comportare, di fatto, un'attenuazione della stessa.

<sup>119</sup> In tal senso, G. LAGEARD, G. GEBBIA, *Il divieto di subdelega sui doveri della sicurezza è solo un "mito" da sfatare?*, in *Amb. sic.*, 11, 2009, 35.

minoritaria, questa ingerenza risulterebbe incompatibile con l'essenza della delega primaria, perché si lederebbe l'autonomia decisionale del delegato nella scelta delle funzioni suscettibili di delega secondaria<sup>120</sup>.

Ulteriori incertezze si registrano nuovamente in materia di forma dell'atto negoziale di trasferimento, dal momento che la lettera della legge in tal caso è muta; sicché, secondo l'indirizzo prevalente, si ritiene parallelamente necessaria la forma scritta della subdelega ed altresì l'espressa possibilità di subdelegare menzionata nell'atto di delega originaria. Rimangono nebulosi anche i confini dell'oggetto dell'atto di subdelega, poiché non specificati anche essi da parte del legislatore; tuttavia, si ritiene preferibile l'interpretazione per cui la subdelega debba essere attinente solo a specifiche funzioni, non potendo configurarsi una subdelega generica<sup>121</sup>.

Per quanto attiene all'obbligo di vigilanza del sudelegante, la norma specifica che la delega «non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite» e per tale si intende quello in capo al subdelegante; per la subdelega non vi è alcun richiamo alla disposizione, di cui all'art. 30, comma 4 e pertanto non si comprende se possa essere espletato tramite una modalità diversa e quindi diretta o sempre ricorrendo al sistema di controllo richiamato ivi. Si condivide sul punto la posizione di chi ha messo in luce l'irrazionalità di una lettura dell'*intentio legis* in modo asimmetrico, considerando determinante nell'assolvimento all'obbligo di vigilanza del delegante primario l'adozione dei modelli organizzativi di gestione e controllo<sup>122</sup> e non per l'obbligo di vigilanza del delegante secondario<sup>123</sup>.

Si ritiene, difatti, preferibile che l'obbligo di vigilanza debba essere modellato sulla cornice di quello che sussiste in capo al delegante primario e che quindi il delegante secondario si debba munire di un assetto organizzativo idoneo a vigilare sul sudelegato, senza richiedere che si manifesti in un controllo puntuale e costante, che vanificherebbe la funzione della stessa delega di funzioni. Tuttavia, il contenuto di un simile obbligo, in rapporto con quello del datore di lavoro, che è al vertice dell'impresa, riguarderà certamente obblighi organizzativi ma più limitati<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> A. RUSSO, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, cit., 348.

<sup>121</sup> S. TORDINI CAGLI, *La delega di funzioni*, cit., 132-133

<sup>122</sup> Sul punto ampiamente *postea* Cap. IV, Sez. I,

<sup>123</sup> Si condivide quanto espresso da V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, cit., 223; con una diversa prospettiva V. B. MOSCATIELLO, *Disciplina generale. Titolo I*, cit., 88.

<sup>124</sup> F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1135.

Mentre si ritiene discutibile l'estensione dell'obbligo di vigilanza del delegante originario anche all'attività di vigilanza del subdelegante sull'attività del subdelegato, per il rischio di "scivolare" in un'imputazione per *culpa in vigilando*, che cela in realtà una responsabilità di tipo oggettivo. Parte della dottrina, che qui si condivide, ritiene che per comprendere l'estensione dell'obbligo di vigilanza tra la "catena" di soggetti garanti bisogna sempre far riferimento a quello che è stato stabilito nell'atto autorizzatorio, dato che anche l'atto di sub-trasferimento, come anticipato, si ritiene che debba avere gli stessi requisiti, *ex art. 16*, quindi anche avente il carattere della specificità. Ragion per cui il delegante secondario non potrà trasferire tutta la generalità delle attribuzioni che il delegante primario gli aveva trasferito ma soltanto determinati adempimenti, sui quali il delegante secondario dovrà esercitare l'obbligo di vigilanza<sup>125</sup>; rimane, però, più problematico il contenuto dell'obbligo di vigilanza del datore di lavoro su quest'ultimo soggetto, perché se si ritenesse esteso *tout court* all'attività del delegato secondario si vanificherebbe, secondo chi scrive, la *ratio* dell'istituto. A tal proposito, sicuramente, un ruolo decisivo verrà svolto, secondo chi scrive, dall'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo, di cui all'art. 30, comma 4 t.u., per ritenere assolto l'obbligo di "meta controllo" del delegante primario.

Un ulteriore argomento strettamente collegato ai profili attinenti all'ambito soggettivo di applicazione della delega di funzioni attiene alla possibilità di delegare le funzioni a terzi esterni alla compagine aziendale, problematica, che si è acuita con la positivizzazione dell'istituto della subdelega. Sul punto gli interpreti non sono concordi, poiché si è sottolineato che una valida delega di funzioni presuppone in capo al delegato i necessari poteri giuridici impeditivi, dato che lo strumento negoziale in questione deve costituire una posizione di garanzia derivata e come tale non lo sarebbe senza i relativi poteri-doveri, che permettono di esonerare il delegante dal rimprovero penale. Questi poteri giuridici, pertanto, secondo taluni, sarebbero di difficile conferimento in capo a soggetti esterni ai processi organizzativi della realtà aziendale. Lo stesso legislatore, inoltre, non risulterebbe incline ad attribuire competenze a terzi estranei all'organizzazione aziendale, come si desume da alcuni indici normativi quali, l'esclusione espressa, in determinate ipotesi, di esterni nella compagine del servizio di

---

<sup>125</sup> Similmente A. NISCO, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 119 che contempla la possibilità di concentrare in capo al subdelegante esclusivamente l'obbligo di sorveglianza sul subdelegato.

prevenzione e protezione all'art. 31, comma 7 e ove, invece, la loro presenza risulta ammessa, comunque, non esonera da responsabilità il datore di lavoro.

Per tali ragioni una parte della dottrina ritiene che la delega a soggetti esterni possa essere ammissibile solo in particolari circostanze, quando per la tipologia di compiti e la specifica professionalità solo soggetti estranei all'organizzazione aziendale possano perseguire al meglio la tutela della sicurezza e della salute sul lavoro.

Un'altra corrente interpretativa non solo ritiene che una simile possibilità sia astrattamente ammissibile ma che sia anche concretamente perseguibile, perché non si rinviene alcuna preclusione nella lettera delle norme e perché non ammetterla sarebbe contrario ai principi di autonomia nell'attività d'impresa. Soprattutto, si mette in luce come la mancanza di un rapporto di "subalternità", tra datore di lavoro e delegato verrebbe bilanciata da una maggiore competenza tecnica del collaboratore esterno e dalla possibilità di operare degli accessi sul luogo di lavoro da parte del datore di lavoro<sup>126</sup>.

#### ***4. L'efficacia della delega valida e l'accoglimento della tesi intermedia alla luce del correttivo dell'art. 12 d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106***

Rimane da trattare il profilo certamente più importante e allo stesso tempo più problematico, attinente all'efficacia della delega di funzioni sul piano degli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici. Nel capitolo precedente sono state esposte le tre diverse impostazioni dogmatiche, che giungono a conclusioni differenti, sia per quanto attiene il piano dell'efficacia della delega di funzioni, sia per quanto attiene il titolo della responsabilità penale in capo al delegante e al delegato. Sul punto, brevemente, si ricorda che la c.d. teoria soggettivista non ritiene che la delega priverebbe della posizione di garanzia originaria il delegante-datore di lavoro, mentre potrebbe incidere sul terreno della colpevolezza; l'inadempimento dell'obbligo di controllo sull'attività delegata potrebbe fondare una responsabilità concorsuale del datore di lavoro, che rimane soggetto attivo del reato proprio, ma potrebbe rispondere, a titolo di colpa, se l'evento lesivo dell'*extraneus* era da lui prevedibile ed evitabile. L'impostazione oggettivistica, al

---

<sup>126</sup> T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 199 con un parziale rimeditazione sulla sua posizione ID, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 97ss. In senso parzialmente adesivo, C. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2777. Precedentemente già messo in luce da G. BOTTIGLIONI, *Delega di funzioni e soggetti esterni all'impresa*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente Salute e Sicurezza: per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 286.

contrario, concepisce lo strumento negoziale come valido titolo per trasferire l'obbligo di garanzia, con efficacia pienamente liberatoria del delegante; ne consegue che il soggetto attivo del reato non sarebbe colui che riveste la posizione qualificata, bensì chi esercita effettivamente la relativa funzione, ossia il delegato; a queste opzioni interpretative, in seguito, si è affiancata una teoria intermedia, che avrebbe dovuto correggere le criticità, che entrambe le teorie manifestano, secondo cui la delega di funzioni opera sì sul piano della tipicità, perché è un valido strumento per trasferire la posizione di garanzia ma quella originaria, in capo al delegante, permane anche se di contenuto mutato; quest'ultima si concretizza in un dovere di vigilanza da parte del datore di lavoro sul corretto adempimento da parte del delegato delle funzioni trasferitegli <sup>127</sup>.

L'attuale testo unico sembra avere accolto la tesi intermedia, prevedendo alla disposizione, di cui all'art. 16, comma 3, che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite». Dunque, se la delega di funzioni possiede e conserva tutti i requisiti enunciati in precedenza, secondo l'impostazione del legislatore vigente, è strumento di costituzione di una posizione di garanzia derivata in capo al delegato, che consiste in un controllo diretto sulle fonti di rischio, per impedire che si concretizzino eventi lesivi della salute dei lavoratori, lasciando in capo al delegante un obbligo di vigilanza residuale del comportamento.

#### ***4.1. L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro e il suo difficile inquadramento dogmatico***

Il legislatore con la disposizione, di cui all'art. 16, comma 3, ha optato, dunque, per non prevedere un'autonoma fattispecie penale, che sanziona la violazione di un obbligo di vigilanza-controllo, ma sembra avere equiparato *per tabulas* una simile condotta alla violazione di un vero e proprio obbligo di garanzia impeditivo. Il delegante, pertanto, qualora ometta di vigilare sul corretto adempimento degli obblighi da parte del delegato, risponderà a titolo di concorso nel reato, secondo «il noto richiamo alla *culpa in*

---

<sup>127</sup> Cfr. diffusamente Cap. II.

*vigilando*», che dovrà essere vagliata con un rigoroso accertamento in concreto, per non nascondere forme di responsabilità oggettiva “di posizione”<sup>128</sup>.

Prima del testo unico vigente al datore di lavoro per espletare il dovere di vigilanza veniva richiesto genericamente di cogliere i c.d. “indici di inosservanza” della violazione di norme, o di percepire i segnali rivelatori di una condotta negligente da parte del delegato nello svolgimento delle funzioni trasferitegli. Mentre con il d.lgs. n. 81/2008 nella versione originaria, prima del decreto correttivo n. 106/2009, il delegante per espletare questo dovere di vigilanza poteva ricorrere «anche» al sistema di controllo previsto dalla disposizione, di cui all’art. 30, comma 4. Molto probabilmente, il legislatore riteneva che non fosse sempre esigibile per il datore di lavoro ricorrere ad una vigilanza in presenza e continuativa – pur non escludendola *tout court* – sull’attività del delegato e che quindi potesse essere, invece, assolta con un sistema di controllo. Tuttavia, la disposizione scontava un’intrinseca ambiguità poiché non si comprendeva se l’utilizzo del “sistema” in parola fosse una tra le modalità con cui il datore di lavoro potesse adempiere all’obbligo di vigilanza, ovvero se fosse l’unica possibile o ancora se si trattasse di una modalità da sola necessaria ma non sufficiente<sup>129</sup>.

Con il correttivo ad opera dell’art. 12 del d.lgs. n. 106/2009, tra le modifiche di rilievo, viene eliminata la parola «anche» e l’obbligo di vigilanza del datore di lavoro «si intende assolto» tramite l’adozione ed efficace attuazione del meccanismo di verifica e controllo, di cui all’art. 30, comma 4<sup>130</sup>, conferendo alla norma una specifica e certa portata esimente della responsabilità penale del datore di lavoro. In altri termini, la norma sembrerebbe avere introdotto una presunzione legale di adempimento, che consente di dedurre dalla prova dell’adozione e concreta implementazione del sistema di verifica e controllo, previsto dal più ampio modello di organizzazione e gestione del d.lgs. n.

---

<sup>128</sup> In senso critico, S. TORDINI CAGLI, *La delega di funzioni*, cit., 132-133.

<sup>129</sup> In senso critico F. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1128; D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 105.

<sup>130</sup> La norma che disciplina la delega di funzioni positivizza, altresì, le modalità con cui deve essere concretizzato questo obbligo di vigilanza da parte del soggetto delegante sul delegato. Il generale obbligo di vigilanza, invece, delle posizioni di garanzia originarie in materia prevenzionistica è disciplinato alla disposizione, di cui all’art. 18, comma 3 in capo al datore di lavoro e del dirigente sugli obblighi dei preposti, dei lavoratori, dei progettisti, fabbricanti e fornitori, installatori e medico competente. La bozza del decreto correttivo n. 106/2009 prevedeva alla disposizione, di cui all’art. 15 *bis*, recante rubrica “obbligo di impedimento” dei criteri di delimitazione dell’imputazione causale di eventi lesivi in favore del datore di lavoro e del dirigente da lui delegato. Un simile sovvertimento dei principi generali della materia penalistica, irragionevole nonostante la specialità della materia, aveva subito suscitato un’accesa critica da parte della dottrina ed infatti non è stata recepita nel testo definitivo. Sul punto D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro*, cit., 103.



231/2001, disciplinante la responsabilità amministrativa degli enti. Questo “modello di organizzazione e gestione” consente, se idoneo ed efficacemente attuato di avere efficacia esimente della responsabilità dell’ente collettivo, in particolare anche per i reati di omicidio e lesioni colpose gravi e gravissime, di cui all’art. 25 *septies*. Questa disposizione di difficile interpretazione pone un collegamento, dunque, tra il dovere di vigilanza del datore di lavoro-delegante in materia di sicurezza e salute sul lavoro e il sistema di controllo, che è «un frammento essenziale del più ampio modello di organizzazione e gestione del d.lgs. n. 231/2001», difatti, l’adozione ed efficace implementazione del sistema di controllo sul modello di organizzazione e gestione permetterebbe non solo all’ente collettivo ma anche al delegante il pieno esonero dalla responsabilità penale<sup>131</sup>.

Si ricorda che la responsabilità penale del delegante e la teorizzazione del suo obbligo di vigilanza è fonte delle maggiori criticità dogmatiche in materia di delega di funzioni posto che, non essendo autonomamente sanzionato un simile obbligo attraverso una fattispecie incriminatrice di pura omissione o con un’autonoma fattispecie di agevolazione colposa, si dovrà ricorrere alla clausola di equivalenza, di cui all’art. 40, comma 2 c.p., per imputare qualsiasi omissione a carico del delegante. Riaffiora, così, la *vexata quaestio* se un obbligo di vigilanza possa realmente configurare un obbligo di garanzia per imputare una responsabilità omissiva concorsuale in capo al delegante-garante per non avere impedito l’illecito del delegato.

Un’autorevole dottrina ha messo, difatti, in evidenza come dei meri poteri di sorveglianza non abbiano le stesse connotazioni degli obblighi di garanzia, poiché – brevemente – il sorvegliante potrebbe esclusivamente controllare l’attività di altri soggetti ed informare il garante o il titolare del bene protetto se il bene giuridico tutelato venisse messo in pericolo ma non potrebbe intervenire direttamente per impedire l’evento<sup>132</sup>.

A questo indirizzo se ne contrappone un altro, che evidenzia come il delegante una volta costituita una posizione di garanzia derivata negoziale non diviene un mero

---

<sup>131</sup> Si veda l’analisi di V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 95 ss; V. B. MOSCATIELLO, *Disciplina generale. Titolo I*, cit., 87 ss.

<sup>132</sup> Si veda A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 175 ss.; per la più compiuta elaborazione sulle differenze intercorrenti tra gli obblighi di sorveglianza e gli obblighi impeditivi si veda I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*, dal punto di vista specifico della materia antinfortunistica; ID, *L’obbligo di impedire l’infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 113 ss. Cfr. *supra* Cap. I.

“sorvegliante esterno”, privo di poteri giuridici impeditivi, perché il suo potere di vigilanza si affiancherebbe ad ulteriori poteri-doveri di organizzazione e di direzione generale dell’impresa o di una sua autonoma unità organizzativa, che non si possono delegare con uno strumento negoziale. Ne consegue che il delegante conserverebbe sia dei poteri giuridici sollecitatori, sia dei poteri d’intervento, in sostituzione del delegato, qualora riscontri una condotta inerte o negligente a suo carico<sup>133</sup>.

Dalla lettura della normativa sembra che sia prevalso questo secondo orientamento interpretativo per cui la posizione del delegante apicale è connotata da poteri/doveri inscindibilmente connessi alla sua posizione di vertice. Come è stato osservato, «è una posizione di garanzia volta all’impedimento di eventi lesivi e, più in generale, di cedimenti del sistema di sicurezza; in essa il dovere di vigilanza si inserisce come parte a tutto. Ai fini della responsabilità omissiva *ex art. 40 cpv.*, è l’insieme dei poteri e doveri che viene in rilievo»<sup>134</sup>.

Non mancano voci dissonanti che rilevano come proprio all’interno dello stesso d.lgs. n. 81/2008, la disposizione, di cui all’art. 299, abbia accolto la distinzione tra posizioni di garanzia e posizioni di sorveglianza, dal momento che la prima sorgerebbe solo quando la legge assegna ad un soggetto un complesso di poteri giuridici di direzione, che servono per un intervento risolutivo a salvaguardia dei beni protetti dalle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Quando, invece, un soggetto non è munito di simili poteri avrebbe un mero obbligo di sorveglianza su un determinato interesse e non dei poteri sull’organizzazione ed è per questo che la disposizione, che codifica il principio di effettività, si riferisce esclusivamente al datore di lavoro, al dirigente e al preposto, ai soli soggetti, dunque, che possono rivestire una posizione di garanzia, in ragione della tipologia di poteri, di cui sono investiti. Per questa impostazione, difatti, la disposizione, di cui all’art. 16 comma 3 che sancisce l’obbligo di vigilanza del delegante sul delegato, avendo ad oggetto la tenuta del sistema organizzativo e non il controllo su specifici fattori di rischio non potrebbe costituire un obbligo impeditivo idoneo a fondare una responsabilità per concorso omissivo del delegante, ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro*, cit., 105; si veda anche A. NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 117.

<sup>134</sup> D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro*, cit., 105

<sup>135</sup> N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 833 anteriormente al decreto correttivo del 2009; la stessa posizione ID., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione*, cit., 147-148; similmente E. RAGANELLA, *Il nuovo volto della delega di funzioni alla luce del d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106 correttivo e modificativo del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 tra frammentazione della posizione di garanzia e “spersonalizzazione” della*

Queste considerazioni dogmatiche devono, tuttavia, essere vagliate alla luce di una più approfondita analisi, che deve rigorosamente concentrarsi sul “punto di intersezione” tra la disciplina penalistica in materia di salute e sicurezza sul lavoro e la responsabilità amministrativa degli enti collettivi dipendente da reato, dato che l’obbligo di sorveglianza del delegante sul delegato si intende efficacemente attuato con l’adozione ed efficace implementazione del sistema di verifica e controllo sul modello di organizzazione e gestione previsto nel d.lgs. n. 231/2001<sup>136</sup>.

Alla luce delle considerazioni che si trarranno si avrà modo di comprendere come l’obbligo di vigilanza si declini sia all’interno di un’organizzazione complessa-ente collettivo, sia in un’organizzazione complessa, che esula dall’ambito applicativo del d.lgs. n. 231/2001 e se questo obbligo di vigilanza possa realmente fondare una responsabilità per concorso omissivo del delegante, ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p.

### **SEZ. III - QUESTIONI APERTE: L’IRRIDUCIBILE CONFLITTO DEL PARADIGMA OMISSIVO NEL PRISMA DELLA DELEGA DI FUNZIONI.**

Sommario: 1. Quali possibili soluzioni per una delega invalida o inefficace? - 2. Le disfunzionalità occasionali e i rischi di natura sistemica: i criteri ondivaghi della giurisprudenza. - 3. Luci e ombre sul divieto di delegare l’obbligo di valutazione dei rischi. - 3.1 Le rinnovate incertezze sul ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione. - 4. Bilanci provvisori: il garante “puro” e il garante “prevenzionistico”.

#### ***1. Quali possibili soluzioni per una delega invalida o inefficace?***

Il testo unico del 2008 in materia di salute e sicurezza sul lavoro, anche a seguito dell’opera di interpolazione del decreto correttivo n. 106 del 2009, non sembra avere sopito i molteplici interrogativi che da sempre connotano la materia della delega di funzioni.

In primo luogo, una problematica di non poco momento attiene, come già si ha avuto modo di osservare, in ordine alle conseguenze date dalla mancanza dei requisiti di

---

*responsabilità penale*, Roma, 2009, 212 ss. che rileva come alla luce dei requisiti che deve possedere una valida ed efficace delega di funzioni sia arduo ipotizzare che il datore di lavoro delegante abbia i poteri necessari per impedire la commissione dei reati del delegato in settori che sfuggirebbero alla sua competenza.

<sup>136</sup> Cfr. *postea*, Cap. IV, Sez. I, par. 6.

validità tipizzati alla disposizione, di cui all'art. 16 t.u., necessari per una valida ed efficace delega di funzioni; requisiti formali e sostanziali, che sembrano trarre la loro legittimità e la loro *ratio* maggiormente dai dettami dall'ordinamento civile, piuttosto che alla materia penalistica.

Per esempio, potrebbe mancare una delega in forma scritta, ovvero espressamente accettata dal delegato o ancora potrebbe quest'ultimo non essere idoneo ad espletare l'incarico conferito e ci si domanda, dunque, allorché il delegato abbia concretamente assunto ed esercitato i poteri giuridici corrispondenti alla funzione trasferita se possa rispondere o meno del reato, che sottende la titolarità di un'effettiva posizione di garanzia. Si deve anche tenere presente che la disposizione, di cui all'art. 299 t.u., ha positivizzato il c.d. principio di effettività, per cui sembra potersi imputare, in queste ipotesi di invalidità del titolo di trasferimento, sia una responsabilità del garante formale perché non ha dismesso i poteri, sia di quello materiale, entrambi, quindi, soggetti intranei del reato commesso<sup>137</sup>. Tuttavia, con questa disposizione, come in precedenza messo in luce, non si intende dare rilevanza ad una concezione "realistica" delle posizioni di garanzia a cui imputare la responsabilità penale, piuttosto condividere una concezione normativo-funzionale della *Garantenstellung*. Pertanto, in ogni caso si dovrà individuare in capo al delegato dalla c.d. macrostruttura organizzativa dell'impresa una sfera di poteri propriamente giuridici, pur in assenza, per esempio, di una valida investitura formale<sup>138</sup>.

Bisogna operare, tuttavia, una specificazione per quanto riguarda l'elemento soggettivo del reato, nella particolare ipotesi in cui il delegato non provvisto di adeguata professionalità in relazione all'incarico adempia ugualmente; si dovrà verificare se si configura realmente una responsabilità colposa "per assunzione", che ricorre quando il delegato accetti ugualmente una delega, che dovrebbe, invece, rifiutare. Si dovrà indagare se il delegato possa essersi avveduto circa la sua incapacità e la sua inidoneità all'incarico, affinché possa essergli mosso un effettivo rimprovero, tale per cui in base alle sue conoscenze ed esperienze si configuri un fatto oggettivamente negligente<sup>139</sup>. Al contempo, anche la colpa *in eligendo* del delegante deve essere effettiva, poiché il

---

<sup>137</sup> In tal senso F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1151.

<sup>138</sup> N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 831.

<sup>139</sup> Come ha precisato V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 104.

verificarsi dell'evento non fonda di per sé l'ascrizione della responsabilità penale ma l'incompetenza del delegato deve essere agevolmente riconoscibile dal delegante<sup>140</sup>.

In tutti quei casi in cui a mancare sono i poteri decisionali e di spesa, dal momento che verrebbero meno proprio gli stessi poteri giuridici, che sono sottesi alla posizione di garanzia, necessari affinché il garante intervenga ad impedimento dell'evento lesivo, anche in assenza di una valida fonte formale. In tal caso, secondo chi scrive, non può essere, pertanto, validamente invocato il principio di effettività e al più potrebbe configurarsi un incarico di esecuzione o una delega parziale<sup>141</sup>. Da non confondere, come è stato acutamente osservato in dottrina, con l'ipotesi in cui non ricoprire i necessari poteri di spesa è il risultato di una scelta consapevole del delegante e del delegato con una traslazione puramente esteriore delle funzioni; in tal caso, il delegato risponderebbe a titolo di cooperazione commissiva colposa, come *extraneus* del reato, commesso dal delegante, titolare sostanziale ed effettivo della posizione di garanzia con i relativi poteri giuridici rilevanti<sup>142</sup>.

## ***2. Le disfunzionalità occasionali e i rischi di natura sistemica: i criteri ondivaghi della giurisprudenza***

La giurisprudenza in diverse pronunce ha riconosciuto come causa di esonero della responsabilità del delegato la riconducibilità del reato alla c.d. "gestione centrale dell'azienda" ovvero alle "carenze organizzative o strutturali"<sup>143</sup>. La delega, di contro, sarebbe esonerante per l'occasionale disfunzionalità dei mezzi o delle misure predisposte, che hanno condotto al verificarsi dell'evento, ossia in tutte quelle ipotesi in cui l'impegno di spesa per farvi fronte sicuramente sarebbe rientrate nell'autonomia decisionale spettante al delegato, in virtù dell'art. 16 t.u. Si è osservato, infatti, che, «pur a fronte di una delega corretta ed efficace», il datore di lavoro non potrà mai essere esonerato da responsabilità quando l'evento lesivo è la conseguenza di «scelte di carattere generale

---

<sup>140</sup> N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 831.

<sup>141</sup> Con argomentazione simili V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 104; non mancano pronunce in cui, in queste ipotesi, è stato lo stesso invocato il principio di effettività, a fondamento di una valida posizione di garanzia derivata, Cass., Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44890, in *Olympus*.

<sup>142</sup> Come ha osservato V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 104.

<sup>143</sup> Sull'utilizzo di questo criterio distintivo tra le più recenti pronunce, Cass., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 25977, in *Olympus*.

della politica aziendale ovvero a carenze organizzative e strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza»<sup>144</sup>.

In queste ipotesi sul delegante permane sempre l'obbligo di vigilanza e quindi di intervento. Tuttavia, non è sempre di facile individuazione la distinzione intercorrente tra le c.d. disfunzionalità occasionali e i rischi, invece, di natura sistemica, per questo la giurisprudenza ha tentato di dare delle indicazioni di massima. In talune pronunce ha distinto gli eventi lesivi che accadono perché conseguenza di scelte apicali di gestione da quelli che sono, invece, conseguenza di rischi concretizzatisi nella fase esecutiva<sup>145</sup>. Per esempio, in un incidente accorso ai danni di un operaio, che era caduto su un parapetto erroneamente realizzato e che a causa dell'urto era precipitato al piano sottostante, procurandosi delle lesioni mortali, la Corte di Cassazione non ha riconosciuto la penale responsabilità dell'amministratore finanziario dell'azienda appaltatrice. Non si trattava di errate scelte apicali ma di errori nella fase esecutiva, dove venivano coinvolte altre figure, quali il direttore dei lavori, il coordinatore, l'assistente, il capo cantiere e gli amministratori delle aziende che operavano in subappalto<sup>146</sup>.

In ogni caso, il criterio utilizzato nella pronuncia non offre un sicuro approdo per rendere maggiormente certa l'area dell'"occasionale disfunzionalità", rispetto a ciò che attiene, invece, alle scelte di vertice. In una sentenza che trattava della responsabilità penale del presidente del consiglio di amministrazione per lesioni personali gravi a danno di un lavoratore, per avere omesso adeguate misure prevenzionistiche nell'utilizzo dei macchinari di sollevamento viene precisato che l'occasionale disfunzionalità deve appartenere ad un fattore contingente o comunque non prevedibile; per tale non può intendersi una scelta aziendale di livello alto come l'organizzazione delle lavorazioni<sup>147</sup>;

---

<sup>144</sup> Cass., Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 38100, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2014, 4084 in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2011, n. 36605, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 19 luglio 2011, n. 28779, in *Dejure*.

<sup>145</sup> Sul punto si veda la dettagliata analisi di C. PAONESSA, *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 43.

<sup>146</sup> Cass., Sez. IV, 13 settembre 2013, n. 37738, in *Olympus*.

<sup>147</sup> Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2014, n. 4968, in *Olympus*. Al § 4 della pronuncia viene specificato che «nel caso di specie, come si evince dalla contestazione e dalle emergenze della istruttoria dibattimentale espone nelle sentenze di merito, la violazione delle disposizioni a tutela della sicurezza dei lavoratori afferiva un aspetto strutturale e permanente del processo produttivo interno allo stabilimento (l'unico peraltro) di (OMISSIS), e in particolare un momento particolarmente delicato, quale quello del sollevamento dei gusci, mai sottoposto ad adeguata attenzione e anzi neppure considerato nel documento di valutazione dei rischi».

in questo caso la violazione si presentava di una tale gravità “strutturale” da riguardare, quindi, compiti non delegabili, propri di tutto il consiglio di amministrazione ed «in ogni caso obblighi di sorveglianza e denuncia gravanti su ciascuno dei suoi componenti»<sup>148</sup>.

Tuttavia, come è stato osservato in dottrina, la giurisprudenza<sup>149</sup>, spesso apoditticamente, ritiene non abbia efficacia la delega di funzioni quando l’evento sia causato da difetti di natura sistemica senza sondare la reale titolarità dei poteri decisionali inerenti a quella particolare sfera di rischio concretizzata da quel tipo di illecito. In queste ipotesi, quando l’evento è causato da scelte estranee al contenuto della delega, perché afferenti a scelte gestionale di vertice, è la stessa signoria del delegato che verrebbe a mancare su quella tipologia di rischio. In altri termini, «in tali casi sui processi decisionali apparentemente facenti capo al delegato convergono, in modo assorbente, scelte organizzative e di politica aziendale spettanti ai livelli più elevati della gerarchia aziendale». Lo stesso *discrimen* quindi tra disfunzionamenti occasionali e rischi di sistema si presterebbe ad avallare una prassi che non indaga sufficientemente sulla responsabilità del datore di lavoro, senza contare che molti difetti strutturali dell’attività prevenzionistica rientrano proprio nell’obbligo di valutazione del rischio, afferente agli obblighi non delegabili da parte del datore di lavoro e già per questa via ermeneutica a lui stesso ascrivibili<sup>150</sup>.

### **3. Luci e ombre sul divieto di delegare l’obbligo di valutazione dei rischi**

Proprio in merito al divieto di delegare l’obbligo di valutazione dei rischi<sup>151</sup> si riscontra un’ulteriore criticità del sistema costruito dal d.lgs. n. 81/2008 dal momento che

---

<sup>148</sup> Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2014, n. 4968, cit.

<sup>149</sup> Giurisprudenza che talvolta, proprio attraverso questo ondivago criterio, ha sancito la responsabilità penale per determinate scelte di sistema sull’intero consiglio di amministrazione, pur a fronte di una delega specifica con poteri decisionali e di spesa ad uno dei suoi membri, Cass., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Guida al dir.*, 49/50, 2010, 77.

<sup>150</sup> Si tratta delle importanti chiarificazioni di V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 91. Tra le poche pronunce che tentano di indagare l’effettiva sfera di rischio, afferente ai diversi ambiti di competenza del preposto, del delegato e del datore di lavoro. Si veda Cass., Sez. IV, 1° agosto 2016, n. 33630, con nota di A. PIZZI, *Le posizioni di garanzia in materia di salute e sicurezza sul lavoro: differenza tra soggetto delegato e preposto e i residui obblighi datoriali*, in *Dir. sic. lav.*, 2, 2016, 5.

<sup>151</sup> Dalla lettura congiunta delle due norme, di cui agli artt. 17 e 29, si desume, tuttavia, che la prima disposizione, appunto, impone al datore di lavoro l’obbligo indelegabile di valutazione dei rischi, la seconda, invece, gli impone di provvedervi in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente. Se da una parte la prima si giustifica nel fatto che il datore di lavoro è il responsabile dell’organizzazione, l’altra è necessaria perché il legislatore riconosce che, essendo un

gli effetti funzionali ad una migliore gestione del rischio penale da attività lavorativa ottenuti con la delega di funzioni, grazie alla moltiplicazione delle sfere di garanti, vengono ampiamente ridimensionati da una simile limitazione. Quando l'illecito commesso da un soggetto diverso dal datore di lavoro, come potrebbe essere un dirigente anche delegato alla sicurezza, è il risultato di un'errata o lacunosa valutazione dei rischi, la responsabilità concorsuale del datore di lavoro non sussiste per una violazione dell'obbligo di sorveglianza, bensì per non avere adeguatamente costruito a monte la cornice entro cui si devono innestare le scelte, anche di soggetti muniti di competenze organizzativi-gestionali<sup>152</sup>.

Da ciò ben si comprende come la responsabilità penale ascritta al datore di lavoro in simili ipotesi rinviene il suo disvalore non solo nella violazione di un obbligo prevenzionistico ma, altresì, nella particolare posizione che lo stesso riveste in relazione alla funzione precipua di valutazione dei rischi, che richiede delle competenze altamente tecniche, di cui egli non è titolare; per ovviare a questa espansione della sfera di responsabilità penale un correttivo proviene dalla stessa nozione di “datore di lavoro” nella legislazione antinfortunistica che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b del t.u., prevede che possa rivestire questa funzione non solo chi è il responsabile dell'ente nel suo complesso ma anche chi è titolare di poteri decisionali e di spesa e quindi nelle realtà particolarmente complesse anche chi è a capo «di uno stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati autonomia finanziaria e tecnico funzionale». Il datore di lavoro “periferico” allora potrebbe essere chiamato a rispondere per l'attività di valutazione del rischio inerente alle autonome articolazioni produttive di un'impresa, eccetto per quelle di tipo trasversale o generale<sup>153</sup>.

---

obbligo esteso a tutti i rischi, è inevitabile che si avvalga di collaboratori professionali. Come messo in luce nell'analisi della pronuncia Cass., Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 38100, con nota di M. GROTTI, *Per una lettura costituzionalmente orientata dell'indelegabilità della valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, in *Cass. pen.*, 2006, 2192.

<sup>152</sup>Già prima dell'entrata in vigore del testo unico del 2008 aveva messo in luce una simile problematica, D. PULITANÒ, voce *Igiene, Aggiornamento*, cit., 391. In una prospettiva differente F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55 ss.

<sup>153</sup>V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 81-82; E. SCAROINA, *La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse*, in *Riv. trim.- Dir. pen. cont.*, 2, 2021, 192 ss. Non mancano pronunce refrattarie al c.d. “modello multidatoriale”; tra le tante si veda anche Cass., Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 38100, con nota di M. GROTTI, *Per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 2184. In questa pronuncia viene imputata la responsabilità penale al Presidente del Consiglio di Amministrazione per lesioni personali per avere permesso ad un suo dipendente di versare una sostanza chimica all'interno di un reattore, da cui si è creata un'atmosfera infiammabile, senza munirlo di adeguati dispositivi di protezione.



Un ulteriore temperamento è stato segnalato dalla dottrina in tutti quei casi in cui, considerata l'impossibilità del datore di lavoro di operare specifiche valutazioni tecniche, quando l'errore proviene dai soggetti professionalmente qualificati, di cui si avvale il datore di lavoro, in presenza, per esempio, di stime o di calcoli errati riconducibili propriamente alle loro attività, si ritiene che non si potrebbe muovere un rimprovero al datore di lavoro, sul piano dell'elemento soggettivo<sup>154</sup>.

Parte della dottrina rileva, comunque, che, anche a fronte di questi correttivi, talvolta, non si arriva ad un risultato soddisfacente nell'allocazione delle responsabilità penali nell'ambito della sicurezza sul lavoro. Da una parte perché vi è un filone giurisprudenziale particolarmente rigoroso, che concepisce l'obbligo di valutazione dei rischi come un obbligo di informarsi in modo specifico in ordine ai rischi presenti in quell'azienda e di verificare se il documento sulla valutazione degli stessi tenga conto di quanto acquisito, richiedendo uno sforzo difficilmente esigibile dal datore di lavoro, privo delle necessarie abilità tecniche. Dall'altra, lo stesso utilizzo del criterio di esonero della responsabilità penale del datore di lavoro, per mancanza dell'elemento soggettivo, potrebbe portare anche a vuoti di tutela se venisse esonerato anche il delegato, per mancanza della titolarità di una posizione di garanzia in relazione all'evento concretizzatosi<sup>155</sup>.

Sul punto c'è chi, invece, opera una distinzione quando è penalmente esonerato il datore di lavoro da responsabilità penale ma potrebbe essere, comunque, chiamato a rispondere l'*extraneus*. In tali casi l'evento sarebbe sì collegato sul piano obiettivo alla condotta del datore di lavoro, unico in grado con i suoi poteri di direzione e di spesa di impedirlo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. ma allo stesso tempo tramite l'istituto della cooperazione colposa, di cui all'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice, la condotta atipica di chi non riveste la posizione di garanzia in relazione a quell'evento, quale quella del consulente, può essere penalmente riconducibile all'evento lesivo in tutti quei casi in cui è la mancata attività predittiva di quest'ultimo, che si "riverbera" in una mancata attività impeditiva del datore di lavoro. Sul piano subiettivo della fattispecie non si potrebbe,

---

La Cassazione ha sancito, discutibilmente, la penale responsabilità del Presidente, unico responsabile della valutazione dei rischi, anche in quei contesti di imprese di grandi dimensioni, che presentano settori con rischi particolari e specifici.

<sup>154</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 82; si veda anche Cass., Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 38100, con nota di M. GROTTI, *Per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 2184.

<sup>155</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 82.

però, muovere un rimprovero al datore di lavoro in tutte quelle ipotesi in cui, tenendo in considerazione la c.d. “doppia misura della colpa”, la mancata attivazione da parte di quest’ultimo delle cautele prevenzionistiche per impedire l’evento è una condizione necessaria ma non sufficiente per imputargli l’evento soggettivamente. Si dovrà valutare anche se l’agente concreto fosse nella situazione soggettiva di poter rispettare quella determinata regola comportamentale, ovvero se il datore di lavoro potesse essersi avveduto della negligenza del consulente, ovvero se la condotta doverosa fosse da lui esigibile<sup>156</sup>.

### ***3.1. Le rinnovate incertezze sul ruolo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione***

Una specifica problematica, di cui si è già fatto cenno in precedenza<sup>157</sup>, riguarda la nomina obbligatoria da parte del datore di lavoro del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), ai sensi dell’art. 31 d.lgs. n. 81/2008, il quale, secondo l’opinione maggioritaria, che qui si condivide, non essendo dotato di poteri di intervento sul bene giuridico, non riveste una posizione di garanzia. La sua istituzione, pertanto, differisce dalla nomina di un delegato alla sicurezza, figura eventuale, destinataria di poteri e responsabilità originariamente gravanti sul datore di lavoro, che può validamente rivestire una posizione di garanzia derivata attraverso una delega di funzioni. Tuttavia,

---

<sup>156</sup> Sulla teoria della “doppia misura della colpa”, che non ritiene sufficiente un rimprovero colposo basato esclusivamente sulla causalità della colpa (giudizio di prevedibilità di evitabilità) ma anche sulle caratteristiche soggettive dell’agente concreto, si veda Cass., Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 38100, con nota di M. GROTTO, *Per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 2195; Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017, n. 12175, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 31 marzo 2021, n. 12137, in *Olympus*. Tra le diverse voci autorevoli in dottrina si vedano M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019; G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275 ss.; E. BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, spec. 560 ss. e 365 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 147 ss., 195 ss. e *passim*; A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 230 ss., 266 ss.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 73 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 56 ss., 85 ss. Nelle opere di più ampio respiro sulla colpa, a favore anche della doppia misura della stessa G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 294 ss. Per una particolare costruzione del rapporto tra misura oggettiva e soggettiva, M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 165 ss., 204 ss., 338 ss., 357.

<sup>157</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, Sez. III, par. 5.

una dottrina minoritaria, invece, in particolare sotto il vigore del d.lgs. n. 626/1994, riteneva che un obbligo di garanzia in capo a quest'organo fosse rinvenibile nella disposizione, di cui all'art. 9 del citato decreto, disciplinante i suoi stessi doveri. Ciò comporterebbe la possibile ascrizione di una responsabilità a titolo omissivo, per non avere adottato una misura prevenzionale dovuta, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.<sup>158</sup>, per l'evento lesivo derivatone, in contrasto con l'impianto della normativa che non prevede la figura del Responsabile tra i soggetti attivi delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro<sup>159</sup>.

La giurisprudenza largamente maggioritaria ha sempre escluso la configurabilità della delega di funzioni nel caso di nomina dell'RSPP, la cui attività avrebbe carattere meramente consultivo in ordine all'individuazione dei fattori di rischio e le misure da adottare per la sicurezza e salute sul luogo del lavoro, mentre permarrebbe in capo al datore di lavoro l'obbligo di provvedere a rimuovere le possibili situazioni pericolose indicate<sup>160</sup>.

Questo dato evidenzia, alla luce della prassi, un ulteriore indice di criticità del modello positivizzato dal legislatore nel 2008, dato che nuovamente non si rinviene nel testo della legge un esplicito divieto di delega all'RSPP e nella prassi aziendale si continuerebbe a delegare a questa figura dirette funzioni operative, «così trasformando un soggetto naturalmente in una posizione di *staff* in uno collocato anche in una posizione di *line* (datore di lavoro, dirigente, preposto, lavoratore)<sup>161</sup>.

Questo non vuol dire che non possa essergli ascritta la penale responsabilità, nonostante non sia destinatario nel t.u. di contravvenzioni specifiche, quando con una condotta negligente, esorbitante dal suo ruolo, (quale per esempio un'omissione di progetti di intervento necessari) «cooperi» alla produzione dell'evento lesivo; come la giurisprudenza ha sancito in diverse pronunce questo accade quando un infortunio «sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto

---

<sup>158</sup> P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 2-3, 493.

<sup>159</sup> N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 155.

<sup>160</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. III, 24 agosto 2018, n. 38905, in *Olympus*. «La mera designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non costituisce una delega di funzioni e non è dunque sufficiente a sollevare il datore di lavoro ed i dirigenti dalle rispettive responsabilità in tema di violazione degli obblighi dettati per la prevenzione degli infortuni sul lavoro»; Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 4621, in *Olympus*.

<sup>161</sup> Sul punto si veda P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I working papers di Olympus*, 2011, 1, 24-25.

l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione»<sup>162</sup>. Si tratta, però, in questo caso di una condotta attiva colposa per avere omesso delle cautele prevenzionistiche e questa violazione molto spesso dipende proprio da una sottovalutazione del rischio. In ogni caso la mancata attuazione anzidetta, per il vero, afferisce al c.d. “momento omissivo della colpa” ma non si innesta su una condotta omissiva di mancato impedimento dell'evento da parte del garante, bensì attiva<sup>163</sup>.

In ogni caso, in tutte le ipotesi in cui si deleghi impropriamente anche compiti operativi all'RSPP, il garante originario, il datore di lavoro, non è mai esonerato da responsabilità penale<sup>164</sup>.

#### ***4. Brevi cenni ai profili di interferenza tra la delega di funzioni e l'illecito plurisoggettivo colposo***

Un ulteriore ambito di problematicità attiene a come l'istituto della delega di funzioni si intersechi con quello del concorso di persone nel reato, più precisamente della cooperazione colposa<sup>165</sup> poiché, molto spesso, le violazioni penalmente rilevanti nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro, e più in generale nella dinamica delle organizzazioni complesse, sono l'esito di condotte inosservanti di regole cautelari<sup>166</sup>. I profili di interferenza mutano a seconda di quale tesi sull'efficacia della delega di funzioni si accolga; brevemente, secondo l'impostazione soggettiva della delega di funzioni, non costituendo il delegante con l'atto di delega una nuova posizione di garanzia, il delegato, che realizza il fatto illecito, potrà rispondere a titolo di concorso colposo *ex art. 113 c.p.* quale *extraneus*, anche quando, secondo una corrente di pensiero, l'*intraneus* abbia tenuto

---

<sup>162</sup> Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11492, in *Dejure*. Per altri esempi di pronunce orientate in tal senso si veda Cass., Sez. IV, 27 giugno 2013, n. 28187, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 19 luglio 2011, n. 28779, in *Dejure*.

<sup>163</sup> Condivisibilmente, N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 154-155.

<sup>164</sup> In tal senso C. PAONESSA, *Problemi risolti e questioni ancora aperte*, cit., 58.

<sup>165</sup> Tra le indagini monografiche nella dottrina italiana si veda P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, *passim*; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 182 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 122 ss.

<sup>166</sup> Per un'analisi dei diversi profili di interferenza, sia nell'ambito del concorso doloso, sia nell'ambito della cooperazione colposa si veda V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 225 ss.

un comportamento conforme alla regola di diligenza, conferendo alla fattispecie plurisoggettiva propria esclusivamente il requisito della qualifica personale<sup>167</sup>.

Mentre, secondo la teoria dell'efficacia obiettiva, trasferendo il dante causa all'avente causa il reale esercizio delle funzioni ne determinerebbe il passaggio in capo al secondo della posizione penalmente rilevante, con conseguente fuoriuscita dal novero dei soggetti attivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale<sup>168</sup>.

Considerata l'opzione interpretativa fatta propria dal legislatore del testo unico del 2008, con la delega di funzioni si assiste ad una moltiplicazione dei soggetti con la qualifica di intraneo, senza però che il delegante perda la titolarità della posizione di garanzia, che residua con un contenuto mutato. Pertanto, da una parte sia al delegante, sia al delegato può essere mosso un rimprovero a titolo monosoggettivo se la condotta tipica viene integrata (previo accertamento degli ulteriori elementi costitutivi del reato), nell'ambito delle rispettive competenze. D'altro canto, però, potrà configurarsi una responsabilità a titolo concorsuale del delegante nell'illecito del delegato, perché, ai sensi dell'art. 16, comma 3 t.u., permane un dovere di vigilanza "alta" in capo al dante causa<sup>169</sup>.

Nelle organizzazioni plurisoggettive l'istituto delle cooperazione colposa, oltre nell'ipotesi di delega di funzioni, quindi all'interno della dinamica biunivoca delegante e delegato, è evocato proprio per la particolare manifestazione dell'illecito, in cui vi possono essere diverse condotte concatenate tra di esse e diversi garanti penalmente responsabili entro la propria sfera di azione ma in una dimensione teleologicamente

---

<sup>167</sup> Così T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 100; Similmente P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 207; teoria criticata da P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, che ha sottolineato come una simile impostazione rischi di confliggere con il principio di legalità, dilatando enormemente la sfera applicativa dell'illecito plurisoggettivo.

<sup>168</sup> A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 44.

<sup>169</sup> Nell'ambito della sicurezza sul lavoro per espressa previsione normativa, come già spiegato, il dovere di sorveglianza in capo al delegante sul corretto svolgimento delle funzioni trasferite al delegato si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo, di cui all'articolo 30, comma 4. Tuttavia, nella prassi, i casi oggetto di talune pronunce attengono ad ipotesi in cui la prova liberatoria in capo al datore di lavoro delegante non è stata fornita; senza contare l'incerta estensione dell'obbligo di vigilanza "alta" negli ambiti esclusi dall'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 (a cui rinvia la disposizione, di cui all'art. 30 t.u.), dal momento che, anticipando, si ritiene la delega di funzioni come strumento di portata generale, all'interno delle organizzazioni plurisoggettive in particolare.

connessa<sup>170</sup>, eccettuata l'ipotesi più marginale di una «violazione del tutto “autosufficiente” rispetto all'offesa»<sup>171</sup>.

Pertanto, la possibile rilevanza penale delle c.d. condotte atipiche rappresenta un dibattuto tema tra gli interpreti per le possibili derive verso titoli di responsabilità concorsuale per *culpa in vigilando* che celano forme larvate di responsabilità oggettiva. In giurisprudenza<sup>172</sup>, come attenta dottrina ha messo in luce, spesso si assiste ad un uso “disinvolto” dell'istituto della cooperazione colposa, in cui si ritiene penalmente responsabile sempre l'imprenditore in virtù della sua stessa posizione di vertice dell'azienda, senza contare che talvolta l'illecito è stato la conseguenza di condotte non precedute da particolari segnali di allarme, o il risultato di prassi devianti diffuse nei livelli organizzativi più bassi<sup>173</sup>. L'addentellato teorico, che permette una simile espansione dell'area della punibilità, si ritroverebbe nella funzione incriminatrice che per parte degli

---

<sup>170</sup> Problematica che deve affrontare l'interprete, su cui spesso permangono incertezze di fondo nella prassi applicativa, è proprio la distinzione tra la cooperazione colposa e il concorso di causa indipendenti, privo di quel legame psichico tra i concorrenti. Si veda di recente il contributo di A. MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *Leg. pen.*, 8 maggio 2020, 16; tra i tanti, G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. It.*, 1930, (672 ss.) 677; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, 588; R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *ENC. DIR.*, X, Milano, 1962, 616; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, (132 ss.), 163; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 88; G. GRASSO, *Commento all'art. 113*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 240; R. MAZZON, *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011, 540;

<sup>171</sup> G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio, 2020, 8.

<sup>172</sup> Tra le sentenze recenti, si veda Cass., Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 14352, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 8 giugno 2021, n. 22262, in *Olympus*; Cass., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32487, in *Olympus*, in cui viene confermata la condanna del datore di lavoro e del preposto delegato (giudicato in un altro processo), a fronte della mancata allegazione agli atti di una delega di funzioni, senza un'effettiva indagine sulla reale incidenza della violazione in rapporto al fatto di reato. Per una recente pronuncia che indaga propriamente le diverse sfere di responsabilità e la esclude in capo al RSPP poiché la qualità dell'imputata di Responsabile Area, delegata dal legale rappresentante (...) non costituisce di per sé prova della conoscenza o della conoscibilità, da parte della stessa, di prassi comportamentali, più o meno ricorrenti, contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica (...). Invero, la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione da parte di questi di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso». Così Cass., Sez. IV, 31 marzo 2021, n. 12137, in *Olympus*.

<sup>173</sup> F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2018, 197 ss.; V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 19 ss.

interpreti caratterizza la cooperazione colposa anche in relazione ai reati causali puri<sup>174</sup>. In particolare, per quanto riguarda i reati omissivi impropri, si sostiene che l'art. 113 c.p. avrebbe questa funzione proprio quando vi sia un apporto causale attivo di un soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia che compie una condotta atipica di cooperazione<sup>175</sup> che contrasterebbe con obblighi cautelari secondari, vale a dire obblighi «che assumono ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento, nel senso che impongono di verificare, controllare, impedire eventuali attività colpose da parte di terzi»<sup>176</sup>.

Sicuramente, come già anticipato, nell'ambito della sicurezza sul lavoro, un utile approccio ermeneutico è stato quello di circoscrivere l'area della punibilità attraverso l'idoneità "tipizzatrice" della posizione di garanzia; difatti, il testo unico del 2008 ha adottato un criterio normativo delle "attribuzioni-competenze", che circoscrive le funzioni di ciascun garante, siano esse originarie, siano esse derivate. La materia prevenzionistica si è fatta, così, vate di una concezione delle posizioni di garanzia nelle strutture complesse non "statica", che divide rigidamente le singole aree di responsabilità, bensì "dinamica", rivolta alle interdipendenze, sia verticali, sia orizzontali, che sussistono tra i diversi comportamenti decisionali<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Sulla funzione incriminatrice della disposizione, di cui all'art. 113 c.p., in riferimento ai reati causalmente orientati di evento per quelle condotte che non si pongono in diretto contrasto con la regola cautelare ma che assumono rilevanza quando sono legate tra loro da una relazione psicologica. Così R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 615; con argomentazioni differenti L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 136 ss. In giurisprudenza Cass., Sez. IV, 17 dicembre 2009, n. 48318, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 1428, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280 in *Dejure*; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, per il testo integrale della sentenza, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. Per altri la funzione incriminatrice è riservata solo in riferimento ai reati a condotta vincolata, G. GRASSO, *Commento all'art. 113*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico*, cit., 240. Sul punto si vedano le recenti analisi di A. PALMA, *Paradigmi scrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, 102 ss.; M. BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2016.

<sup>175</sup> Cfr., come si è visto, in riferimento al contributo causale del RSPP, in questa sezione, par. 3.1.

<sup>176</sup> G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc., pen.*, 1980, 71 ss. *Contra*, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 190 ss.

<sup>177</sup> Questo filone interpretativo in dottrina è stato preceduto dalle riflessioni di F. SUBBI, *I reati in materia di sicurezza e igiene sul lavoro: connotati del sistema*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 262; più di recente V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 26 ss. che ha messo in luce come la concezione rigida e predeterminata delle diverse sfere di competenza sottovaluta oltre all'iterazione tra le stesse, il fatto che le decisioni sono in questi ambiti condizionati dall'acquisizione delle informazioni e da saperi specialistici. Queste connotazioni del piano fattuale delle posizioni di garanzia, secondo l'Autore, genererebbero due spinte, l'una rivolta ad "isolare" le diverse sfere di responsabilità in corrispondenza a circoscritte aree di rischio e l'altra a "vincolare" a relazionarsi tra di loro. Già in precedenza V. MONGILLO, *Delega di funzioni*

Questa visione è giunta, poi, alla compiuta consacrazione anche in giurisprudenza, come enunciato in precedenza<sup>178</sup>, con la nota sentenza Thyssenkrupp della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>179</sup> che, per delineare ciascuna responsabilità penale dei singoli garanti, ha distinto le diverse aree di rischio, a cui gli istessi sono preposti. Sicché, come è stato sancito, «occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio»<sup>180</sup>.

Gli ultimi sviluppi della giurisprudenza – e soprattutto della dottrina – hanno messo al banco di prova l'effettiva forza delimitatrice della teoria richiamata all'ipertrofia della sanzione penale nell'ambito delle organizzazioni complesse, non sempre con esito positivo, come si analizzerà nel corso della trattazione<sup>181</sup>.

##### **5. Bilanci provvisori: il garante "puro" e il garante "prevenzionistico"**

Giunti a questo punto della trattazione è doveroso cercare di trarre le prime, seppure provvisorie, conclusioni.

Il presente lavoro si è sviluppato lungo due binari paralleli che, a dispetto delle regole matematiche, talvolta si sovrappongono per poi discostarsi l'uno dall'altro. Da una parte abbiamo analizzato l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del reato omissivo improprio e dall'altra l'evoluzione dogmatica della delega di funzioni, strumento negoziale idoneo a costituire nuove posizioni di garanzia, fino alla sua consacrazione normativa.

La dogmatica della posizione di garanzia prende le mosse nel diritto penale italiano all'interno della corrente "formale", per cui l'obbligo giuridico di impedire l'evento deve essere rinvenuto in una fonte formale, quale il contratto, la legge o la precedente attività pericolosa<sup>182</sup>. L'eccessiva rigidità della "teoria del trifoglio", che non indaga sul

---

*e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 325 ss.

<sup>178</sup> Cfr. *supra* Cap. I, Sez. III, par. 1.

<sup>179</sup> Già in precedenza, Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821 in *Olympus*.

<sup>180</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, per il testo integrale della sentenza, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014.

<sup>181</sup> Cfr. *postea*, "Conclusioni", par. 2.

<sup>182</sup> Tra i primi autori, O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, *passim*, F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it.*, 1934, 592; M. SPASARI, *L'omissione nelle teorie della*



contenuto e sulla funzione del dell'obbligo giuridico impeditivo, determina l'affermazione della teoria "sostanziale"<sup>183</sup>. Secondo questa impostazione, per selezionare l'obbligo realmente impeditivo, che abbia rilevanza penale e non meramente civilistica, bisogna enucleare il concetto di "posizione di garanzia". Il garante è colui che, esercita un particolare "vincolo di tutela" del bene giuridico, data la sua posizione di signoria sui decorsi causali afferenti al medesimo. La teoria "sostanziale-funzionale" viene, invece, criticata per l'indeterminatezza dei criteri volti a selezionare gli obblighi di garanzia, pena, altresì, un'eccessiva contrazione del principio di legalità, in assenza di una ricerca di una fonte formale degli stessi. La c.d. "teoria mista"<sup>184</sup> è quella attualmente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, secondo cui la posizione di garanzia deve avere sì una fonte formale di legittimazione ma anche un contenuto specifico e preconstituito rispetto al bene giuridico oggetto di tutela. Nella sua accezione più raffinata, che in larga parte qui si condivide, la teoria eclettica distingue propriamente gli obblighi di garanzia veri e propri dai meri obblighi di attivarsi e dagli obblighi di sorveglianza<sup>185</sup>. Tuttavia, nel corso della nostra analisi, si ha avuto modo di notare uno scollamento, per certi versi "necessario", da ciò che fino ad ora abbiamo descritto e che si può definire modello "puro" di garante del diritto penale "classico", rispetto al garante "prevenzionistico" del diritto penale delle organizzazioni complesse.

La delega di funzioni si presenta come un atto bilaterale negoziale idoneo a trasferire la posizioni di garanzia originaria sul garante derivato e nonostante la sua astratta idoneità ad essere uno strumento generale, applicabile in tutti gli ambiti di rilevanza della posizione di garanzia, la sua disciplina normativa si rinviene solo in una legge speciale, nel testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

L'elaborazione dogmatica della delega di funzioni vede contrapporsi inizialmente due correnti interpretative, la teoria oggettiva o funzionalista<sup>186</sup> e la teoria soggettiva o

---

*fattispecie penale*, Milano, 1957, *passim*; F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, 1963, 188 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, 1969, 252 ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (dir. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 896 ss.

<sup>183</sup> F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, *passim*; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*.

<sup>184</sup> Per tutti G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obbiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, *passim*.

<sup>185</sup> F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 338 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, di garanzia e di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*.

<sup>186</sup> Per tutti, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, *passim*.

formale-civilista<sup>187</sup>. La prima fonda l'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie della delega di funzioni, in ragione della natura "funzionalista" del reato proprio, legittimando il trasferimento della funzione, indipendentemente dalla qualifica formale rivestita dal soggetto attivo. Mentre la seconda concepisce la delega di funzioni esclusivamente come un negozio capace di "scusare", sul piano della colpevolezza, l'azione del delegante, che rimarrà sempre il vero titolare della qualifica giuridica del reato proprio. Con la c.d. "teoria intermedia"<sup>188</sup> l'ambito di indagine viene ricondotto all'interno del paradigma omissivo improprio, dato che proprio il negozio giuridico può essere fonte di una posizione di garanzia originaria ma anche di una posizione di garanzia derivata. Secondo questa impostazione in capo al garante originario delegante, tuttavia, la posizione di garanzia permarrà ma con un obbligo di garanzia mutato di contenuto, ovverossia in un obbligo di vigilanza sull'attività del delegato.

I dettami della teoria intermedia sulla delega di funzioni vengono recepiti nel testo unico sulla sicurezza e sulla salute sul lavoro del 2008 che, oltre ad avere disciplinato compiutamente l'istituto in questione, ridisegna il riparto di attribuzioni tra i garanti originari della materia prevenzionistica. Si sottolinea che i principi cardine della posizione di garanzia è come se si plasmassero sulle particolari esigenze di questo settore, che ha fatto da "battistrada" ad un'elaborazione di una figura di garante forse più funzionale alla "società del rischio", più complessa e tecnocratica, caratterizzata da scelte procedimentalizzate, in cui l'evento lesivo è frutto del concatenarsi di diversi fattori causali, a cui fanno capo diverse sfere di responsabilità, ma anche a discapito delle garanzie costituzionali.

Nella materia della sicurezza sul lavoro il garante è colui che, nell'ambito delle sue competenze, governa la relativa sfera di rischio e, indipendentemente dalla qualifica formale, è colui che effettivamente risulti essere titolare dei poteri/doveri giuridici impeditivi. Nello specifico ambito della delega di funzioni si è visto come il garante "prevenzionistico" per certi versi si avvicini maggiormente al modello di garante "puro" per le forti istanze formaliste che permeano la disposizione, di cui all'art. 16, a cui però

---

<sup>187</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro: profili generali*, II ed., Milano, 1983, *passim*.

<sup>188</sup> C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 141 ss.; D. PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. del lav.*, 1985, 16 ss.; G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, 1982, 751.

fa da contrappeso il principio di effettività per permetterne un coordinamento nel sistema. Anzi, proprio questa distonia tra regole di imputazione della responsabilità penale in capo ai garanti originari del testo unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro e regole di imputazione in capo al garante derivato testimonia l'arduo compito affrontato dal legislatore, che, in definitiva, nonostante il pregevole sforzo ricostruttivo, ha predisposto un modello di delega di funzioni ricco di criticità.

Lo scollamento dal modello di garante "puro", come si analizzerà nel proseguimento della trattazione, si delineerà a toni sempre più marcati con la definizione del contenuto dell'obbligo di vigilanza del delegante sul delegato, nonché punto di intersezione con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti.



## CAPITOLO IV

### “AL DI LÀ” DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI SICUREZZA SUL LAVORO. LA VIS ESPANSIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI.

#### SEZ. I - LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI E LA DELEGA DI FUNZIONI

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La responsabilità amministrativa degli enti: il «delegante» e il «delegato» alla luce della distinzione tra «soggetto apicale» e «soggetto subordinato». - 3. I criteri di imputazione oggettiva, di cui all'art. 5, d.lgs. n. 231/2001 e la loro compatibilità con i reati colposi - 4. La colpa di organizzazione e i modelli di organizzazione e gestione, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, tra esigenze di coordinamento e criticità - 4.1. Differenze e similitudini tra il modello di gestione di organizzazione e controllo e il Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo. - 4.2. Il sistema di controllo di “secondo livello” e il ruolo dell'Organismo di vigilanza. - 5. La *vexata quaestio* dell'estensione del dovere di vigilanza del soggetto delegante sul delegato, ai sensi dell'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008.

#### **1. Introduzione**

Il testo unico sulla sicurezza e sulla salute sul lavoro, analizzato nel capitolo precedente, ha specificato i contenuti del dovere di vigilanza che permane in capo al delegante datore di lavoro sull'attività del delegato, tracciando una linea di congiunzione con la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, di cui al d.lgs. n. 231/2001. Il legislatore, dopo avere rinunciato ad introdurre una norma che derogava agli ordinari criteri di imputazione, di cui all'art. 15 *bis*, rubricato «Obblighi di impedimento», che prevedeva a determinate condizione la delimitazione dell'imputazione causale di eventi lesivi, in favore del datore di lavoro e del dirigente da lui delegato<sup>1</sup>, al comma 3 dell'art. 16 del testo unico ha sancito l'obbligo di vigilanza del

---

<sup>1</sup> Per un'analisi sul punto si veda D. PULITANÒ, *Sicurezza sul lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 103; in generale sulla delega di funzioni come disciplinata nel d.lgs. n. 81/2008, tra i tanti, N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, 828; D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2010, 105; V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 223; A. RUSSO., *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in di M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo d.lgs. n. 106/2009*, Milano, 2009, 342; A. SCARCELLA, *La delega di funzioni e i modelli di gestione nel D. Lgs. 81/08: aggiornata al D. Lgs. n. 106/09 (c.d. correttivo al Testo unico Sicurezza)*, Roma, 2011, 346; S. TORDINI CAGLI, *La delega di funzioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, 129; T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. GIUNTA, D.

datore di lavoro sull'attività del delegato. L'obbligo «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4». Questa modalità di adempimento del dovere di vigilanza, come si vedrà, costituisce parte integrante, del più ampio modello che, ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, può rilevare ai fini dell'esonero della responsabilità amministrativa dell'ente a fronte dei reati commessi nel suo interesse o vantaggio<sup>2</sup>.

Tuttavia, per comprendere appieno il significato di questa innovativa disposizione non si può non analizzare, seppure per cenni, il meccanismo di imputazione dei reati all'ente collettivo del d.lgs. n. 231/2001, soprattutto alla luce dell'introduzione con la legge n. 137 del 2007 della disposizione, di cui all'art. 25 *septies*, nel catalogo dei reati presupposto, che sanziona il reato di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime, commessi in violazione delle norme sulla tutela e della sicurezza sul lavoro<sup>3</sup>. L'inserimento di questa tipologia di fattispecie incriminatrici nel catalogo dei reati presupposto all'interno del "sistema 231" è stato accolto con favore, come un ulteriore approdo della c.d. "prevenzione mediante organizzazione"<sup>4</sup>, in ragione del particolare rango dei beni protetti e soprattutto per ragioni di politica criminale, dato che la

---

MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 40; G. AMATO., *Le novità normative in tema di «delega di funzioni»*, in *Cass. pen.*, 2009, 2106 ss.; C. BRUSCO, *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. di mer.*, 11, 2008, 2778; F. D'ALESSANDRO, *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, 2, 1144; V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo"*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 76; T. PADOVANI, *Delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1582; C. PAONESSA, *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 43.

<sup>2</sup> F. D'ALESSANDRO, *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, 2, 1127.

<sup>3</sup> Tra i primi commenti sul tema della responsabilità dell'ente per i delitti di omicidio e lesioni colpose commessi con violazione delle norme prevenzionistiche in materie di salute e sicurezza dei lavoratori, si veda E. AMATI, *La responsabilità degli enti alla luce del T.U. in materia di salute e sicurezza del lavoro*, in *Crit. dir.*, 2007, 143 ss.; D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2008, 159 ss.; F. CURI, *La colpa di organizzazione e impresa: tertium non datur*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 127 ss.; G. DE SANTIS, *Profili penalistici del regime normativo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro introdotto dal d.lgs. n. 81/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1660 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 278 ss.; O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325; R. GUERRINI, *Le modifiche al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 131 ss.; T. VITARELLI, *Infortunati sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695 ss.

<sup>4</sup> G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009, *passim*.

responsabilità per morti o lesioni sui luoghi di lavoro costituisce una tipica manifestazione della criminalità di impresa<sup>5</sup>.

## **2. La responsabilità amministrativa degli enti: il «delegante» e il «delegato» alla luce della distinzione tra «soggetto apicale» e «soggetto subordinato»**

La natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti, come è noto, è stata a lungo oggetto di dibattito, seppur attualmente, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria convengono sul fatto che non possa essere assimilata propriamente né ad una responsabilità di tipo prettamente penalistico, né ad una responsabilità amministrativa *tout court*. La responsabilità amministrativa degli enti costituirebbe un *tertium genus*<sup>6</sup> rispetto ai tradizionali modelli di responsabilità, come è stato sancito nella nota sentenza della Sezione Unite della Corte di Cassazione “Thyssenkrupp”, che ha evidenziato come si tratterebbe «di un sottosistema distinto ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di terzo binario del diritto criminale»<sup>7</sup>.

Questa opzione interpretativa non confliggerebbe, soprattutto, con le regole di imputazione della responsabilità, come previste dal presente testo di legge, che fondano il rimprovero sul difetto di organizzazione di un’impresa e non sul “fatto di reato” contestato, per adattarsi alla particolare conformazione del soggetto attivo in questione,

---

<sup>5</sup> Si veda sul punto l’ampia analisi di V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell’ente*, Napoli, 2014, 20.

<sup>6</sup> Senza pretesa di esaustività, tra le prime sentenze che avevano affermato questo indirizzo interpretativo Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*. Si veda anche Cass., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, con nota di G. LUNGHINI, *La responsabilità amministrativa degli enti nel processo penale: rassegna giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2010, 11, 31; in dottrina, seppure con delle prospettive non totalmente coincidenti, tra i primi commenti si veda M. PELISSERO, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 575 ss. Nella letteratura penalistica successiva, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 10 ss.; C. E. PALIERO, *Dieci anni di “corporate liability” nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, 16; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità amministrativa degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 20; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell’economia*, Torino, 2018, 52 ss.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 202 della motivazione.

qual è l'ente collettivo<sup>8</sup>. Anche se, come è stato sottolineato in giurisprudenza, «non è dubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento».<sup>9</sup>

Per quanto attiene ai soggetti attivi del reato presupposto, affinché il rimprovero penale possa essere mosso all'ente, questi devono rivestire una determinata posizione all'interno dell'organizzazione aziendale. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, sub a) «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso»<sup>10</sup>. Quando il reato è commesso da queste figure c.d. "apicali", la disposizione di cui all'art. 6, con un'inversione dell'onere della prova, prevede che l'ente possa liberarsi da responsabilità soltanto se dimostra di avere fatto quanto prescritto, ovvero sia quando l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; quando il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; quando le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; quando non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo sovrarichiamato.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica: il "sistema 231" nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2019, 146.

<sup>9</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 204 della motivazione.

<sup>10</sup> Sul punto per un'ampia analisi si veda BERNASCONI C., *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, II ed., 2018, 93 ss.; M. PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XV ed., Milano, 2018, 813 ss.

<sup>11</sup> A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, II ed., Milano, 2018, 65 ss.; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, IV ed., Milano, 2020, 33 ss.; R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, III ed., Milano, 2017, 49 ss.; F. D'ARCANGELO, *I criteri di imputazione sul piano oggettivo*, in A. BASSI, F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, 109 ss.



Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b) l'ente è anche responsabile quando il reato presupposto è commesso dai "subordinati" ossia da coloro che sono sottoposti alla direzione ed alla vigilanza di uno dei soggetti in posizione apicale. L'imputazione del reato all'ente si ha quando la commissione dell'illecito è stata resa possibile dal mancato adempimento degli obblighi di direzione o vigilanza, a meno che l'ente non abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Pertanto, si evidenzia che l'adozione ed efficace attuazione del modello esonera da responsabilità l'ente solo quando il reato è stato commesso da un soggetto "sottoposto", mentre non esonera se non si prova la fraudolenta elusione delle prescrizioni dello stesso, quando il reato è commesso da un "apicale"<sup>12</sup>.

Confrontando l'art. 5, d.lgs. n. 231/2001, con la disposizione, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza e salute sul lavoro, all'interno della categoria degli "apici" oltre alla figura del datore di lavoro vi rientra, altresì, quella del dirigente per la tipologia di poteri e di autonomia decisionale, di cui è titolare<sup>13</sup>. Mentre, nella seconda tipologia di soggetti attivi del reato presupposto, vi possono rientrare il preposto ma anche i prestatori di lavoro subordinato; invece si discute se possa essere estesa alla categoria dei lavoratori parasubordinati<sup>14</sup>.

Data la stretta correlazione che abbiamo osservato tra la disposizione, di cui all'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008, che sancisce la responsabilità del delegante sul delegato e i modelli organizzativi di gestione e controllo, di cui al Decreto 231, bisogna ora comprendere i riflessi applicativi sui soggetti protagonisti della delega di funzioni, ovvero si deve verificare chi possa essere il soggetto "delegante" e chi possa essere il soggetto "delegato" nel "sistema 231". Circa i soggetti "sottoposti", come ha osservato attenta dottrina, non bisogna confondere impropriamente le ipotesi in cui la *governance*

---

<sup>12</sup> F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 149.

<sup>13</sup> A. CAPELLINI, *La responsabilità dell'ente per omicidio e lesioni colpose in materia di sicurezza sul lavoro*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, tomo II, II ed., Milano, 2019, 3470.

<sup>14</sup> N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, III ed., Milano, 2016, 35. Si veda anche N. ABRIANI, F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lg. n. 231/2001*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 3, 599 ss. Rientrano, altresì, in questa categoria per l'impostazione maggioritaria i sindaci, mentre non vi possono rientrare i c.d. amministratori dipendenti, che hanno una doppia qualifica perché non svolgono solo funzioni di gestione della società ma hanno anche un rapporto di lavoro dipendente con la stessa, che tuttavia soccombe ai fini della qualificazione giuridica in esame. A sfavore della riconduzione del lavoratore entro la categoria dei soggetti "subordinati" si veda N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in A. D'AVIRRO, A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X., Padova, 2009, 94 ss.

societaria viene “delegata” a singoli amministratori (delegati) o ad un comitato esecutivo, con una vera e propria delega di funzioni; in tal caso si tratterebbe sempre di soggetti garanti originari, *ex lege* previsti, dato che la delega in questione è meramente gestionale e non potrebbe far venire meno la loro qualifica come soggetti “apicali”, ai sensi dell’art. 5, comma 1 sub a).

Diversamente, invece, potrà accadere che il soggetto delegato non rivesta *ab origine* la posizione di “apicale” ma la rivesta come garante derivato, proprio in virtù della delega di funzioni; in questo caso, secondo parte della dottrina risponderà, ai sensi dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, perché il delegato sarebbe sottoposto alla vigilanza del delegante e non alla sua direzione, a cui invece sarebbero soggetti i “sottoposti”, di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 231/2001. Diventando quest’ultimo effettivamente un soggetto apicale, allora, l’ente per andare esente da responsabilità dovrà dimostrare l’elusione fraudolenta da parte del delegato dei modelli organizzativi di gestione e controllo<sup>15</sup>.

Altra parte della dottrina propone un approccio più cauto, previa verifica in concreto della latitudine di attribuzioni trasferite, se facciano assumere in capo al delegato un potere decisionale tale per cui lo stesso possa essere inquadrare all’interno dei soggetti di vertice<sup>16</sup>.

Non mancano in dottrina posizioni differenti, che ritengono che il criterio di responsabilità ascrivibile all’ente in caso di reato commesso da delegato nel suo interesse o vantaggio sia quello, di cui all’art. 7 del d.lgs. n. 231/2001, assimilando il concetto di direzione e vigilanza, esercitato dagli “apici” sui “sottoposti”, al concetto di vigilanza che

---

<sup>15</sup> T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 56; ID, *Profili penali della delega di funzioni. L’organizzazione aziendale nei settori dell’ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 164 anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 in cui, invece, differenzia: in prima battuta sancisce che la delega di funzioni, se si postula che abbia esclusivamente effetto sul piano dell’elemento soggettivo (posizioni superata dalla dottrina e giurisprudenza attualmente maggioritaria) allora la delega non potrà estendere la responsabilità dell’ente agli illeciti commessi da soggetti non legittimati ad agire per suo conto. In sostanza, quando vengono delegate funzioni apicali ad un sottoposto l’ente risponderà ai sensi dell’art. 7 del d.lgs. n. 231/2001, diversamente quando si tratta di funzioni attinenti alla sicurezza ed igiene negli ambienti di lavoro allora si dovrà valutare concretamente se il delegato abbia o meno assunto posizioni di vertice, poiché in tal caso allora l’ente risponderà, *ex art.* 6; A. PASCULLI, *Rilevanza penale della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 320 ss.; M. PELISSERO, *Responsabilità degli enti*, cit., 756.

<sup>16</sup> N. PISANI, *La colpevolezza dell’ente. Un’introduzione*, Roma, 2012, 19; si veda anche in tal senso S. GENNAI, A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, 28 ss.

il garante originario deve esercitare sul garante derivato, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 81/2008<sup>17</sup>.

### ***3. I criteri di imputazione oggettiva, di cui all'art. 5, d.lgs. n. 231/2001 e la loro compatibilità con i reati colposi***

I criteri di imputazione obiettiva della responsabilità all'ente collettivo prevedono, ai sensi dell'art. 5, che i soggetti sovrarichiamati devono avere realizzato il reato presupposto nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica, qualora, invece, avessero agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi la responsabilità dell'ente sarebbe esclusa<sup>18</sup>.

Sono note le divergenze interpretative sul significato della congiunzione "o" usata nella disposizione richiamata, tra fautori della concezione monistica o unitaria, per cui i due criteri dell'interesse e del vantaggio, per il vero, comporrebbero un'endiadi e i fautori di un'interpretazione alternativa o separata dei due criteri. Secondo la prima tesi i criteri si riferirebbero, dunque, alla stessa realtà, in cui l'interesse sarebbe il parametro effettivamente rilevante e il vantaggio una mera eventualità<sup>19</sup>. Tra le varie argomentazioni quella che ne costituisce il nucleo fondante si basa su una lettura in combinato disposto

---

<sup>17</sup> C. BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lg. del 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. di merito*, 11, 2008, 2769.

<sup>18</sup> Sul criterio di imputazione oggettiva, tra i tanti, si veda l'ampia analisi di N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, *passim*.

<sup>19</sup> Le ulteriori argomentazioni su cui poggia questa tesi, in estrema sintesi, fanno leva su un concetto oggettivo di interesse in relazione alla direzione di una determinata condotta, perché dare valenza pregnante al criterio del vantaggio confliggerebbe con l'imputazione soggettiva per colpa incosciente e con la disposizione, di cui all'art. 8, che prevede l'attribuzione di responsabilità all'ente anche quando la persona fisica, autore del reato presupposto non sia stata individuata. Sarebbe incoerente un accertamento di tipo psicologico quando alcuna persona fisica risulta responsabile. Per una sintesi di entrambe le tesi si veda F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 150. A favore della teoria monistica, D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 424; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 158 ss.; R. GUERRINI, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2011, n. 231*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 146; F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 7; A. MANNA, *La responsabilità da reato negli enti*, in *Corso di diritto penale dell'economia. Parte generale*, Padova, 2020, 56; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 376; P. IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 60; D. GUIDI, *La problematica compatibilità tra criteri general di ascrizione della responsabilità degli enti e l'art. 25 septies*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 126.

degli artt. 5 e 12, comma 1, lett. a), in particolare il comma 2 dell'art. 5 prevede l'esonero da responsabilità dell'ente quando la persona fisica abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Se ne deduce che il criterio del vantaggio nel giudizio di ascrizione della responsabilità sia irrilevante, perché, anche quando l'ente abbia conseguito oggettivamente un vantaggio ma l'agente abbia agito soggettivamente nell'interesse proprio o di terzi, si romperebbe comunque il rapporto di immedesimazione organica. Parimenti l'art. 12, comma 1 lett. a) confermerebbe un simile assunto perché prevede una riduzione della sanzione quando «l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo». Quindi, anche quando il vantaggio risulta essere mancante o si verifica in misura minima, l'ente risponderà, comunque, se ricorre un suo interesse, anche quando quest'ultimo sia inferiore rispetto a quello concorrente della persona fisica o di terzi<sup>20</sup>.

Mentre, la seconda opzione esegetica, maggioritaria in giurisprudenza<sup>21</sup>, intende l'interesse come un requisito della condotta da verificarsi *ex ante* in senso soggettivo, come una sorta di dolo specifico, mentre il vantaggio *ex post*, in senso oggettivo, come conseguimento di un'utilità a favore dell'ente, anche non prevista<sup>22</sup>. Questo indirizzo pone l'accento sull'inequivocità del dato normativo, che descrive i due requisiti come alternativi e sul fatto che l'interpretazione unitaria comporterebbe un'*interpretatio abrogans* del criterio del vantaggio. Inoltre, dalla lettura sistematica della normativa si evidenzia come talvolta i due criteri vengono considerati in modo reciprocamente

---

<sup>20</sup> G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013, 5; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche*, cit., 376

<sup>21</sup> Accolta esplicitamente nel 2005 con la nota sentenza "Jolly Mediterraneo", Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Foro it.*, 2006, 2, c. 329; l'indirizzo è stato più di recente parzialmente rimeditato perché in talune pronunce si ribadisce formalmente l'adesione al criterio dell'alternatività dei due requisiti ma nei fatti vi si contravviene perché si sottolinea come un'accezione prettamente psicologica-soggettiva di vantaggio non sarebbe in linea con l'impianto del sistema e che quindi si debba intendere come criterio probatorio. In altri termini la presenza di un vantaggio potrebbe fornire una valida presunzione probatoria vincibile, da verificarsi *ex post*, non assurgendo in tal modo a requisito autonomo. Così Cass., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265, in *www.rivista231.it*.

<sup>22</sup> C. SANTORIELLO, *Violazioni delle norme antinfortuni stiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società* in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 165 ss.; G. AMATO, *Osservazioni sulla rilevanza del vantaggio per l'ente e sulla "qualificazione" di tale vantaggio nella responsabilità amministrativa da reato colposo*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, 186; S. DOVERE, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 97 ss.; A. ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, 656 ss.

autonomo, come accade per esempio agli artt. 12, 23, ove sono valutati disgiuntamente, altre volte, per esempio si menziona solo il vantaggio, o una sua *species* ossia il profitto, come per esempio accade all'art. 6.

I criteri di imputazione obiettiva del reato all'ente hanno posto dei problemi di compatibilità quando il reato presupposto commesso dai soggetti apicali o subordinati nell'interesse o vantaggio dell'ente sia di tipo colposo e non doloso<sup>23</sup>, come accade ai sensi dell'art. 25 *septies*<sup>24</sup>. Questa disposizione prevede al comma 1 la responsabilità della persona giuridica nel caso in cui si sia verificato un omicidio colposo, commesso con violazione dell'art. 55, comma 2 del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro<sup>25</sup>. Mentre al comma 2, l'ente risponde quando l'omicidio colposo è stato realizzato con la violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Nella medesima disposizione si imputa la responsabilità all'ente anche nel caso di lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

La disposizione, di cui al comma 1, fa riferimento a tutti quegli obblighi non delegabili, analizzati nei capitoli precedenti, quelli per i quali il datore di lavoro potrà provvedere al più con una delega di esecuzione ma non propriamente di funzioni e pertanto, la responsabilità all'ente sarà ascritta solo quando il reato sarà commesso dai c.d. "apicali", di cui all' art. 5, comma 1, sub a) del Decreto. Al comma 2, invece, che richiama genericamente le norme del d.lgs. n. 81/2008, l'autore del reato presupposto

---

<sup>23</sup> Per un'ampia analisi sulla declinazione della responsabilità dell'ente nei reati colposi si veda, M. N. MASULLO, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 209 ss.; N. PISANI, *La colpevolezza dell'ente*, cit., 46 ss. Per un'analisi rivolta, altresì, alle pronunce giurisprudenziali, con particolare riferimento all'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 e ai profili di diritto comparato, N. VALIANI, *La responsabilità degli enti ex art. 25 septies d.lgs. 231/2001 e il "corporate manslaughter and corporate homicide act" del 2007*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 237 ss.; M. H. SCHETTINO, F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Milano, 2019, 23 ss.

<sup>24</sup> La disposizione a distanza di un anno dall'introduzione è stato oggetto di un'immediata interpolazione con il d.lgs. n. 81/2008, che ha riformulato la sua rubrica e il trattamento sanzionatorio, di cui all'art. 300 del d.lgs. n. 81/2008. La dottrina ha criticato la scelta del governo di procedere ad una simile modifica in assenza di alcuna delega specifica, dato che l'importanza delle fattispecie in esame non avrebbe di certo giustificato una deroga alle competenze attribuite al potere esecutivo dall'art. 76 Cost., prestando fianco la norma a profili di illegittimità costituzionali.

<sup>25</sup> Per una completa analisi delle incompletezze del catalogo dei reati presupposti in materia di responsabilità sul lavoro (tra cui, per esempio la mancanza del reato, di cui all'art. 437 c.p.), si veda C. SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza di reati colposi*, in *Riv. amm. soc. enti*, 2011, 95 ss.

potrà essere genericamente sia un soggetto apicale, sia un subordinato, riferendosi anche ad obblighi delegabili<sup>26</sup>.

Inoltre, per completezza, va evidenziato che il disvalore delle condotte espresse nei due diversi commi risulta essere differente; nella seconda ipotesi l'omicidio colposo commesso con violazione delle norme antifortunistiche connota di disvalore la condotta causativa dell'evento morte, mentre nella prima ipotesi questo non accadrebbe, poiché il legislatore sembra che abbia tipizzato un illecito amministrativo dell'ente richiedendo un elemento esterno al reato presupposto, che non attiene al disvalore dell'azione, bensì all'organizzazione dell'ente; per esemplificare, basti pensare alla violazione dell'art. 55, comma 2 d.lgs. n. 81/2008, quando un datore di lavoro non abbia redatto il documento di valutazione dei rischi in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione per accertare la violazione dell'art. 25 *septies*, comma 1, sul piano obiettivo della fattispecie basta constatare la violazione dell'art. 29 del d.lgs. 81/2008, che prevede il richiamato obbligo contravvenuto<sup>27</sup>.

Il catalogo dei reati presupposto inizialmente comprendeva un numero inferiore di reati e la c.d. parte generale del "sistema 231", quindi i criteri di imputazione obiettiva e subiettiva del reato all'ente collettivo, era "ritagliata" su fattispecie incriminatrici dolose. Allo stato dell'arte non si dubita più della compatibilità del criterio dell'interesse e del vantaggio, come meccanismo di imputazione oggettiva del reato all'ente, con la natura colposa del reato sottostante<sup>28</sup>.

Sul punto occorre, tuttavia, distinguere: le regole di imputazione, di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 231/2001 sono perfettamente compatibili *tout court* con i reati colposi di condotta, dato che non è difficile da ipotizzare che la violazione della regola cautelare sia stata realizzata dal soggetto agente nell'interesse o a vantaggio dell'ente; si pensi, per esempio, ad un dirigente di una società che decide di non dotare i propri dipendenti di ponteggi a norma di legge, allo scopo di ottimizzare il profitto e risparmiare sui costi. Il discorso muta, invece, per i reati che interessano in questa sede, di cui all'art. 25 *septies*, essendo illeciti colposi di evento e non sembra propriamente congruo ipotizzare che

---

<sup>26</sup> F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 163-164.

<sup>27</sup> A. ROSSI, F. GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. n. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione gestione e controllo*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, 19.

<sup>28</sup> G. AMATO, *La responsabilità dell'ente datore di lavoro*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 180.

l'omicidio colposo o le lesioni colpose siano state commesse dal dirigente tanto nel convergente interesse *ex ante* dell'ente, quanto nel vantaggio *ex post* del medesimo<sup>29</sup>.

Per queste ragioni la giurisprudenza ha interpretato l'interesse e il vantaggio come requisiti che devono essere letti non in riferimento all'evento naturalistico ma alle condotte inosservanti delle regole cautelari «che costituiscono il nucleo normativo della condotta colposa della persona fisica appartenente all'ente alle quali il risultato dannoso è eziologicamente e soggettivamente riconducibile» Questi requisiti, così intesi, devono essere interpretati in una prospettiva patrimoniale, ossia come risparmio di risorse economiche sui costi della sicurezza o come aumento della produttività dato dal mancato rispetto puntuale della normativa prevenzionistica<sup>30</sup>. L'incremento economico va rapportato alla condotta colposa, per lo più omissiva dell'agente e pertanto, per evitare forme di responsabilità oggettiva, si deve avere riguardo alla prevedibilità del vantaggio che l'ente può trarre dal risparmio di spesa per lo strumentario di sicurezza e per l'aumento di produttività<sup>31</sup>.

Parte della dottrina, qui condivisa, tuttavia, si pone sempre in una prospettiva critica sulla particolare declinazione della disposizione, di cui all'art. 5, per poter ascrivere la responsabilità anche alla persona giuridica, soprattutto per quanto attiene le ipotesi di reato commesso con colpa "incosciente"<sup>32</sup>. Non solo, si porrebbe in contrasto con il

---

<sup>29</sup> Si veda sul punto l'ampia analisi di G. AMARELLI, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo*, cit., 11 che ha messo in luce come il legislatore nella parte speciale "a formazione progressiva" del Decreto con l'introduzione dei reati, di cui all'art. 25 *septies*, non abbia apportato delle doverose modifiche alla parte generale, in particolare ai criteri di imputazione obiettiva della responsabilità, come in precedenza aveva operato, per esempio, con l'introduzione dei reati societari, di cui all'art. 25 *ter*.

<sup>30</sup> D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi*, cit., 155; A. DE LIA, *La responsabilità da reato dell'ente*, in A. MANNA, A. DE LIA, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 32 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 16 luglio 2015, n. 31003, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 201.

<sup>31</sup> G. AMATO, *La responsabilità dell'ente datore di lavoro*, cit., 182; A. ASTROLOGO, *I reati presupposto*, in L. D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, II ed., Assago, 2016, 929 ha evidenziato come ulteriori diversità di impostazione si sono registrate per quanto attiene al requisito dell'interesse, essendo una proiezione finalistica della condotta potrebbe creare frizioni con la struttura del reato colposo, ancorché sia riferito alla condotta e non al risultato antiggiuridico; divergenze che ha tentato di fugare definitivamente la nota sentenza "Thyssenkrupp", con cui viene sancita la compatibilità logica tra reati colposi e finalismo dell'interesse proprio in ragione del fatto che interesse e vantaggio devono essere letti non in relazione all'esito antiggiuridico ma alla condotta. Così, Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.; tra le ultime pronunce in tal senso Cass., Sez. III, 27 gennaio 2020, n. 3157, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>32</sup> Sul punto M. PELISSERO, *La progressiva espansione dei reati-presupposto*, in *Giur. it.*, 2009, 1834; ID., *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001*, in *Scritti in onore di A. M. Stile*, Napoli, 2013, 1203 ss.; S. DOVERE, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 334 ss.; P. DI GERONIMO, *La responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2017, 165; N. PISANI, *La Colpevolezza dell'ente*, cit., 53;

dettato legislativo, quindi con il principio di legalità, ed anche con il principio di colpevolezza, dato che l'ente sarebbe chiamato a rispondere per una condotta antidoverosa, a dispetto del contenuto dell'art. 25 *septies*, che tratta di delitti colposi di evento, degradandoli come se fossero condizioni obiettive di punibilità; inoltre, la responsabilità «verrebbe ascritta all'ente su base tendenzialmente oggettiva, con palese vanificazione dei criteri soggettivi di imputazione, fondati sulla colpevolezza dell'ente, sia pure intesa in senso tecnocratico»<sup>33</sup>

#### **4. La colpa di organizzazione e i modelli di organizzazione e gestione, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, tra esigenze di coordinamento e criticità**

Il meccanismo di imputazione soggettiva della responsabilità amministrativa all'ente viene disciplinato agli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, che diversificano il criterio in ragione degli autori responsabili dei reati presupposto. L'art. 6 per i reati commessi dagli apicali sancisce un'inversione dell'onere della prova per cui l'ente non risponderà se dimostra che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, di avere affidato ad un organismo munito di autonomi poteri di iniziativa e di controllo la sorveglianza sul corretto funzionamento di questi modelli e di avere provveduto al loro aggiornamento. Inoltre, l'ente deve dimostrare che vi sia stata un'elusione fraudolenta da parte del soggetto apicale dei modelli di organizzazione e di gestione e che non vi sia stata una mancanza di vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> In tal senso T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2009, 705 ss. Similmente A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020, 265-266 ove si ripercorrono le tre alternative di riforma proposte dalla dottrina: riformulare i reati di evento colposi da renderli compatibili con il criterio dell'interesse o vantaggio, ovvero distinguere il criterio di imputazione oggettiva, a seconda che il reato sia doloso o colposo, ovvero con una riforma radicale, eliminando il disposto, di cui all'art. 5, richiedendo esclusivamente che il reato sia commesso nell'esercizio dell'attività tipica dell'ente, con violazione delle regole cautelari di quell'attività, concretizzatasi nella mancata inclusione nel modello organizzativo della normativa di settore di riferimento (prospettiva che l'Autrice condivide).

<sup>34</sup> Anche il requisito dell'elusione fraudolenta del modello ha creato divergenze interpretative sulla sua compatibilità con i reati di natura colposa. Parte della dottrina ritiene che sia impossibile scindere la violazione colposa delle regole cautelari, dalla violazione dolosa delle regole organizzative. Si veda G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 18; altra corrente interpretativa propende per un'esclusione di questo requisito dai criteri liberatori della responsabilità. Così G. AMATO, *Il*



Mentre, la disposizione, di cui all'art. 7, prevede che quando il reato sia commesso dai subalterni l'accusa deve dimostrare che la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inadempimento degli obblighi di direzione e vigilanza. Tuttavia, anche in questo caso la responsabilità dell'ente è esclusa se quest'ultimo, prima della commissione del fatto di reato, abbia adottato ed efficacemente attuato il modello di organizzazione, gestione e controllo, mentre non viene richiesto che la condotta del sottoposto abbia eluso fraudolentemente del sistema prevenzionistico.

L'ulteriore presupposto, oltre al collegamento oggettivo tra la persona fisica a cui viene ascritto il reato, identificabile con l'accertamento dell'interesse e vantaggio per l'ente, per poter muovere un rimprovero all'ente collettivo, pertanto, attiene alla c.d. colpa di organizzazione<sup>35</sup>. Quest'ultima si manifesta come un deficit nell'organizzazione e nell'attività dell'ente, sicché il reato commesso dalla persona fisica deve essere espressione di una politica di impresa, che ha potuto agevolare la commissione del fatto di reato<sup>36</sup>.

La colpevolezza nell'accezione del sistema 231 è autonoma, si affianca ma non sostituisce il rimprovero penalistico mosso alla persona fisica e si caratterizza per le

---

*modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudentiale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2, 2015, 65; altra parte degli interpreti circoscrive l'elusione fraudolenta alla violazione della regola cautelare commessa con colpa cosciente. In tal senso D. GUIDI, *La problematica compatibilità tra i criteri generali di ascrizione della responsabilità agli enti*, cit., 141; altri autori distinguono condivisibilmente la violazione della regola cautelare del reato presupposto della persona fisica, dalla violazione della regola progettuale prevista dal modello (integrante la colpa di organizzazione), che potrebbe integrarsi tramite un aggiramento delle regole organizzative, strumentali a garantire una più puntuale osservanza delle regole cautelari stesse. Così M. M. SCOLETTA, *Commento agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 - profili penalistici e commento all'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 - profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, C. NEGRI (a cura di) *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 162; ID., *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in L. D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, 817 ss.

<sup>35</sup> Tra i primi che parlarono di colpa di organizzazione K. TIEDEMANN, *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in NJW, 1988, p. 1172, mentre il contenuto di questa colpevolezza è, invece, mutuato dal sistema statunitense dei *compliance programs*, messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. Sulla colpevolezza di organizzazione si vedano per tutti, C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 167 ss.; E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in M. BERTOLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1743 ss.; A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 267 ss.; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2012, 2.

<sup>36</sup> D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 16 e 43; M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg pen.*, 2003, 365.

inefficienze organizzative nell'attività di prevenzione e gestione del rischio-reato. Non confliggerebbe con i principi costituzionali, in particolare con il principio di colpevolezza, dato che il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, che agisce per l'interesse o a vantaggio dell'ente è qualificabile come "proprio dell'ente", in virtù del rapporto di immedesimazione organica, che non verrebbe meno dalla degenerazione dell'attività in illecito penale<sup>37</sup>. In particolare, per quanto attiene al reato commesso dagli "apicali", quest'ultimo si iscriverebbe in un programma di impresa illecito, del quale l'organizzazione si pone in posizione strumentale. Ebbene, la previsione di un'inversione dell'onere della prova si riallineerebbe al canone della ragionevolezza, perché fornisce all'ente la possibilità di non rispondere penalmente, provando che l'illecito dell'individuo sia frutto di un aggiramento fraudolento dei meccanismi preventivo. Mentre, per quanto riguarda il reato commesso dai "subordinati", l'organizzazione imprenditoriale "agevola" il fatto illecito ma questa volta non si identifica con l'autore dello stesso, sicché la colpevolezza dell'organizzazione, in tal caso, deve essere provata<sup>38</sup>.

Il legislatore, dunque, con questo meccanismo di ascrizione della responsabilità ha voluto attribuire un ruolo di garante all'ente collettivo, che con la sua organizzazione, dovrebbe contenere il rischio-reato discendente dalla tipologia di attività che svolge. Sicché la principale funzionalità del "sistema 231" è effettivamente, nella sua logica prevenzionistica, imperniata sull'adozione del modello organizzativo di gestione e controllo (*compliance program*)<sup>39</sup>.

Il Decreto prevede che l'adozione ed efficace attuazione di questi modelli (MOG) possa da una parte escludere la punibilità<sup>40</sup>, dall'altro attenuare le conseguenze

---

<sup>37</sup> Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., che riprende la pronuncia, Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in *Dejure*, con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24 e 27 Cost. sulla responsabilità amministrativa degli enti.

<sup>38</sup> In questa particolare prospettiva C. E. PALIERO, *Soggettivo ed oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le società*, 2015, 1285 ss; F. CONSULICH, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27.07.2018, 26.

<sup>39</sup> R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, III ed., Milano, 2017, 83.

<sup>40</sup> A seconda se si sposi la teoria che fonda il fulcro della responsabilità dell'ente sulla colpa di organizzazione o sulla teoria dell'immedesimazione organica l'adozione dei modelli organizzativi di gestione e controllo (con inversione dell'onere della prova per quanto attiene lo loro adozione da parte dell'ente, se il reato è commesso dagli apici) sarà concepita come una scusante o come una causa di punibilità in senso stretto, dal momento che la colpa di organizzazione non sarebbe un elemento costitutivo della fattispecie complessa denominata dal legislatore responsabilità amministrativa dipendente da reato. Tra gli esponenti della prima corrente di pensiero G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d.*

sanzionatorie quando, seppure mancanti nel momento dell'illecito, vengano adottati ed efficacemente attuati prima della dichiarazione di apertura del dibattimento<sup>41</sup>. Tuttavia, come sottolineato, si riscontra un regime differenziato tra gli apicali e i sottoposti all'altrui direzione o vigilanza dato che nel caso di reato commesso da quest'ultimi la tempestiva adozione del modello è elemento di per sé sufficiente a determinare l'esclusione della responsabilità dell'ente. Diversamente, quando il reato è commesso dagli apicali, l'ente deve dimostrare, con un'inversione dell'onere della prova, anche la condotta fraudolenta di elusione delle prescrizioni da parte di quest'ultimi.<sup>42</sup>

Un ulteriore profilo di differenziazione attiene ai caratteri dei modelli a seconda, nuovamente, di quale sia il soggetto del reato presupposto, dato che, in caso di reato commesso dai "sottoposti" la descrizione dei caratteri delle «misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» è priva delle specificità contenutistiche dei MOG, che devono avere adottato gli "apicali". In ogni caso, come è stato rilevato in dottrina, questa diversità di disciplina avrà scarsa rilevanza pratica dato che l'ente collettivo adotterà i modelli organizzativi, come disciplinati dall'art. 6, se vuole andare esente da responsabilità per i reati degli apicali<sup>43</sup>.

Ebbene, a seguito dell'introduzione della disposizione, di cui all'art. 25 *septies* nel d.lgs. n.231/2001 e con il riordino della normativa antinfortunistica nel testo unico del 2008 in materia di sicurezza e salute sul lavoro, si è reso necessario un «coordinamento tra gli obblighi organizzativi imposti dalla legislazione lavoristica e oneri organizzativi riguardanti la disciplina della responsabilità degli enti»<sup>44</sup>. La scelta del legislatore è stata

---

*responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. n. 231 del 2001*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 57 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 180.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845 ss. In giurisprudenza, Cass. Pen., sez. I, 2 luglio 2012, n. 35818, in *Quotidiano giuridico*, 2015. Per la tesi contrapposta, G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 100; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 322 ss.

<sup>41</sup> N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 52. Si fa riferimento all'art. 12 del Decreto che prevede una riduzione delle sanzioni pecuniarie da un terzo alla metà, quando l'ente si dota del modello *post delictum* o dalla metà e i due terzi quando l'adozione del modello viene accompagnato dal risarcimento del danno.

<sup>42</sup> N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 51.

<sup>43</sup> G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche* cit., 173. Per quanto attiene ai requisiti e il contenuto dei modelli di organizzazione e controllo si veda l'ampia analisi di N. PISANI, *La colpevolezza dell'ente*, cit., 76 ss.

<sup>44</sup> D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni*, cit., 330.

quella di specificare il modello organizzativo, di cui al d.lgs. n. 231/2001 nella disposizione, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008<sup>45</sup>.

Già la disposizione, di cui all'art. 2, comma 1, lett. dd) del d.lgs. n. 81/2008 introduce una definizione di modello di gestione e controllo, ovverossia di uno strumento per la «definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza, ai sensi dell'art. 6 comma 1 lett. a), del D.l. 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati, di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, del Codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro». Mentre l'art. 30 del testo unico fornisce una descrizione del contenuto minimo, che tale modello deve avere per fare sì che la persona giuridica vada esente da responsabilità, specificando la previsione dei modelli della disciplina generale, di cui al d.lgs. n. 231/2001, con parametri più calibrati sul rischio-reato, di cui all'art. 25 *septies*<sup>46</sup>.

Proprio l'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo, di cui all'art. 30, comma 4 permetterebbe al delegante di assolvere al suo dovere di vigilanza, ai sensi dell'art. 16, comma 3 t.u.; nonostante il lessico differente il modello di verifica e controllo altro non è che, come si vedrà, l'organismo di vigilanza, previsto dal d.lgs. n. 231/2001, il quale è parte del modello organizzativo, cui l'adozione ed efficace attuazione costituisce causa di esonero della responsabilità dell'ente quando il reato presupposto viene commesso dagli apicali<sup>47</sup>.

Dalla lettura di questa “catena di rinvii” si comprende, pertanto, quanto sia di cruciale importanza comprendere come i due sistemi possano coordinarsi tra di loro: il testo unico, come si è potuto evidenziare nelle pagine precedenti di questo lavoro, colloca la sicurezza del lavoro in una dimensione organizzativa, per mezzo dell'obbligo di valutazione del rischio e del relativo documento. A questo livello organizzativo se ne deve aggiungere un altro afferente all'organizzazione dell'ente, finalizzato a prevenire i reati, di cui all'art. 25 *septies* del Decreto, che immette nel circuito delle responsabilità

---

<sup>45</sup> Per un'analisi sull'intersezione delle due discipline si veda F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2015, 425 ss.; A. ROSSI, *Modelli di organizzazione, gestione e controllo: regole generali e individuazioni normative specifiche*, in *Giur. it.*, 2009, 1836 ss.; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, 80.; A. MAZZERANGHI, *Peculiarità pratiche nella predisposizione e attuazione dei modelli organizzativi per la sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2009, 173.

<sup>46</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit., 24.

<sup>47</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 78.

penali in materia di sicurezza e salute sul lavoro un ulteriore centro di imputazione, ovverossia l'ente collettivo che potrebbe rispondere per le morti e infortuni professionali.

Come ha osservato attenta dottrina, nonostante si tratti di sistemi differenti, non si può negare che la sovrapposizione o quantomeno la contaminazione tra i due ci sia, dato che il datore di lavoro delegante deve adempiere al suo obbligo di vigilanza tramite un apparato che serve per la prevenzione dei reati dell'ente stesso<sup>48</sup>. Se esiste, dunque, un modello organizzativo per la prevenzione e gestione del rischio di reati e se al suo interno esiste, altresì, una funzione espressamente deputata alla vigilanza in ordine alla corretta gestione delle sue previsioni, ciò porterebbe alla logica conseguenza di teorizzare che questa funzione di vigilanza possa essere chiamata anche a valutare l'attività del garante delegato<sup>49</sup>.

Per conferire delle precise coordinate ermeneutiche a queste embrionali suggestioni, tuttavia, si ritiene che sia utile premettere un'analisi sul contenuto dei due sistemi che si integrano, si coordinano e in parte si sovrappongono.

#### ***4.1. Differenze e similitudini tra il modello di gestione di organizzazione e controllo e il Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo***

Come è stato in precedenza enunciato, il modello di gestione e controllo viene classificato alla stregua di un parametro per mezzo del quale valutare la colpa dell'ente. Nello specifico, agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 viene sancito che il modello debba «in relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati (...) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

---

<sup>48</sup> Sovrapposizione già messa in luce in precedenza, durante la vigenza del d.lgs. n. 626/1994 in materia di salute e sicurezza sul lavoro, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1147; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 434.

<sup>49</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 80.

introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

L'art. 7 specifica, in ordine alle condotte dei soggetti subordinati, che per un'attuazione efficace del modello deve ricorrere una verifica periodica e modifica in presenza di significative violazioni delle prescrizioni o di mutamenti nell'organizzazione o nell'attività.

La disposizione di cui all'art. 30 del testo unico, caratterizzata da una doppia anima «gius-lavoristica-aziendalistica, l'una; di più evidente caratura penalistica, l'altra»<sup>50</sup> non contraddice questa configurazione delineata nel sistema 231 ma la specifica, alla luce del suo scopo prevenzionistico, anche se ha dato adito a divergenze interpretative, frutto dell'impreciso raccordo tra i requisiti del modello generale e di questo modello speciale<sup>51</sup>.

Uno dei maggiori nodi interpretativi attiene alla possibile sovrapposizione o meno della diligenza di carattere organizzativo-gestionale rimproverabile al datore di lavoro con la colpa da “difettosa organizzazione”, direttamente ascrivibile all'ente, dato che quanto più si sale nell'organigramma di impresa, tanto più le cautele dovute alle persone fisiche al vertice dell'ente ricalcano gli obblighi precauzionali gravanti sulla persona giuridica, che si adempiono tramite un protocollo preventivo<sup>52</sup>. In altri termini ci si domanda se la violazione delle regole prevenzionistiche organizzative del datore di lavoro possano determinare automaticamente, altresì, un'imputazione subiettiva all'ente di responsabilità, dato che<sup>53</sup>.

Al comma 1 dell'art. 30 si prevede che il MOG per avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa dell'ente «deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi». La disposizione ha sollevato dei problemi di coordinamento con il d.lgs. n. 231/2001, dato che non si rinviene nel testo normativo del Decreto una disposizione di tal genere; difatti, gli interpreti avevano optato per la facoltatività dell'adozione dei modelli, ponendosi come una circostanza idonea a sollevare da responsabilità la società

---

<sup>50</sup> Questa espressione è stata coniata efficacemente da G. MARRA, *Modelli di organizzazione*, cit., 588.

<sup>51</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 326.

<sup>52</sup> M. PELISSERO, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi*, cit., 1209.

<sup>53</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit., 24.

per inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, non essendo prevista alcuna sanzione in caso di sua assenza<sup>54</sup>.

La giurisprudenza aveva accolto in numerose pronunce la non obbligatorietà dell'adozione dei modelli del d.lgs. n. 231/2001<sup>55</sup> anche se, di recente, un orientamento minoritario ha sottolineato come gli "oneri" di predisposizione dei MOG siano, per il vero, dei veri e propri "obblighi", coordinando la normativa del sistema 231 con quanto previsto all'art. 2381 c.c. La disposizione civilistica, pena l'esposizione all'azione di responsabilità, rende obbligatoria per gli amministratori la valutazione dei rischi-reato e l'adozione di idonee cautele per evitare l'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001<sup>56</sup>. Soprattutto, questa posizione si è rafforzata con l'introduzione della disposizione sovrarichiamata, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 e anche coloro che propendono per la facoltatività dell'adozione dei modelli ammettono che, invece, nel sistema della sicurezza e della salute sul lavoro ci debba essere un'adozione obbligatoria. Tuttavia, l'interpretazione più condivisibile ritiene, comunque, che l'adozione del modello organizzativo, di cui all'art. 30 t.u., sia facoltativa, come l'adozione del modello organizzativo di gestione e controllo, disciplinato all'interno del "sistema 231"<sup>57</sup>.

La disposizione, di cui all'art. 30, successivamente dettaglia l'elenco specifico degli obblighi giuridici del modello di gestione e controllo, che devono essere adempiuti nel sistema aziendale (che si leggono in nota<sup>58</sup>); è stato rilevato come questa enumerazione,

---

<sup>54</sup> F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 169; si veda anche V. VALENTINI, *La sostanziale continuità tra il "vecchio" il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 372.

<sup>55</sup> Tra le prime precisazioni sul punto in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 23 giugno, n. 32627, in *Cass. pen.*, 2007, 80

<sup>56</sup> C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 1, 2013, 383; in giurisprudenza Trib. di Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, 177.

<sup>57</sup> Questa è la posizione di N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 835. Sempre sull'obbligatorietà dei modelli S. BARTOLOMUCCI, *La metamorfosi normativa del modello penal preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. T.U. sicurezza*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 160; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 709; O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1338. Non sono mancate le voci dissonanti anche con l'introduzione dell'art. 30 t.u. sulla facoltatività dell'adozione dei modelli anche in ambito della sicurezza e della salute sul lavoro P. IELO, *Lesioni gravi, omicidio colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 68; V. MASIA, *Servizio prevenzione e protezione (SPP) e organismo di vigilanza (ODV), tra obbligatorietà ed autodeterminazione dell'ente nella nuova dimensione prevenzionale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, 1, 105; P. SERRA, *Modelli di organizzazione nel settore della sicurezza sul lavoro (parte II)*, in *Giur. mer.*, 2013, 2516; F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., 428 ss.

<sup>58</sup> Art. 30 «Modelli di organizzazione e di gestione»

di cui al comma 1, abbia una forte assonanza con gli adempimenti precauzionali, di cui all'art. 28 dello stesso testo unico, attinenti al documento di valutazione dei rischi. Le somiglianze sono ravvisabili, sia nell'*iter* procedimentale, sia nella metodologia<sup>59</sup> da seguire per attuare un modello efficiente ed entrambi si prefiggono come obiettivo la tutela dell'incolumità dei lavoratori da eventi pregiudizievoli<sup>60</sup>.

Il modello di gestione e controllo, però, mira a prevenire il "rischio-reato", quindi il rischio di commissione da parte dei soggetti apicali o sottoposti dei reati di omicidio colposo o lesioni personali colpose, mentre il sistema di prevenzione dei rischi ha come obiettivo la riduzione o l'eliminazione dei rischi da lavoro presenti nel processo produttivo, incidendo direttamente sul rischio di malattia e infortuni professionali. Anche per la determinazione del rischio-reato si dovrà tenere in considerazione della valutazione dei rischi infortunistici compiuta nel documento di valutazione del rischio ma varieranno a valle le concrete misure organizzativo-preventive<sup>61</sup>.

Un'ulteriore differenziazione tra il modello, di cui all'art. 30 del t.u. e quello previsto dalla normativa antinfortunistica attiene al diverso ambito di applicazione soggettivo degli strumenti in questione, dato che il documento di valutazione dei rischi, di cui agli artt. 26 e 28 t.u., è anche rivolto ai lavoratori, per informarli dei rischi presenti

---

1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
- g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.»

<sup>59</sup> Come è stato sottolineato in dottrina qualsiasi approccio sistemico alla prevenzione di un rischio si ispira al c.d. "ciclo di Deming" ovvero sulla "iniziale individuazione e valutazione dei rischi (*risk assessment*) e sulla vera e propria gestione dei rischi (*risk management*) (che si snoda nei *sub* procedimenti di organizzazione della struttura e delle competenze, pianificazione degli interventi preventivi, determinazione delle concrete misure di prevenzione ed effettiva attuazione delle misure preventive individuali); le altre fasi sono il monitoraggio e le verifiche periodiche ed, infine, la revisione e l'eventuale aggiornamento del sistema. V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 37.

<sup>60</sup> Come è stato rilevato da F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 174.

<sup>61</sup> D. CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni*, cit., 331; V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 50.



nel ciclo produttivo, mentre il sistema di gestione, di cui agli artt. 231/2001 e art. 30 t.u. è rivolto a coloro che sono esposti al rischio di commettere reati colposi (morte e lesione colpose), per incentivarli ad adottare modelli organizzativi in grado di escludere la responsabilità dell'ente<sup>62</sup>.

In definitiva, il modello di organizzazione e gestione ha come finalità un dovere che grava sull'ente di "secondo livello" ed attiene all'adozione, appunto, di uno strumento organizzativo che assicuri che l'agire dell'ente sia autonormato, tramite la predisposizione, ad opera dei vari garanti, di un adeguato ed efficace sistema di primo livello (che sarebbe l'SPRL). La più importante predisposizione organizzativa, ai sensi dell'art. 30 t.u., è funzionale all'obbligo di valutazione dei rischi e di predisposizione delle relative misure di prevenzione e protezione, che trova consacrazione nel principale atto di autonormazione costituito dal documento di valutazione del rischio. Per queste ragioni si conviene che la valutazione del rischio prevista nel t.u. sia parte, in senso virtuale, del modello di gestione e controllo, essendo strumento al servizio della sfera organizzativa, in un rapporto tra "mezzo a fine", tra il secondo e il primo<sup>63</sup>.

La disposizione "accessoria", di cui al comma 5 dell'art. 30, non ha mancato di creare incertezze interpretative; sancisce, sia pure «in sede di prima applicazione» e «per le parti corrispondenti» una presunzione di conformità dei modelli organizzativi adottati conformemente alle Linee guida UNI-INAIL e al BS OHSAS 18001:2007, ovverossia con la *best practise* nazionale e internazionale in materia di sistemi di gestione della salute e della sicurezza sul lavoro (SGSL). Le linee guida UNI-INAIL definiscono i SGSL come le «modalità per individuare, all'interno della struttura organizzativa aziendale, le responsabilità, le procedure, i processi e le risorse per la realizzazione della politica aziendale di prevenzione, nel rispetto delle norme di salute e sicurezza vigenti»<sup>64</sup>

Si condivide quella dottrina che ha sancito che questa presunzione legale attenga all'idoneità astratta del modello e non alla concreta attuazione dello stesso, che non può

---

<sup>62</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 41 menziona proprio la prima sentenza di merito che ha indagato sul coordinamento tra i due sistemi, Trib. di Trani, Sex. Molfetta, sent. 26 ottobre 2009, dep. 11 gennaio 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 848 ss.; si veda anche S. DOVERE, *Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2018, 635 ss.

<sup>63</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 326; si veda anche V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 41.

<sup>64</sup> *Linee guida per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL)*, in *www.inail.it*, 5.

essere sottratta al sindacato del giudice; non è condivisibile quella corrente dottrinale che sanciva, invece, che fosse inibito al giudice la valutazione sull'idoneità del modello, dando luogo ad un automatismo nell'attribuzione di una sua efficacia esimente<sup>65</sup>. Difatti, le linee guida dettano esclusivamente indirizzi applicativi di supporto per l'implementazione dei sistemi di gestione della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; dovranno poi essere adattate e modellate sulla concreta realtà aziendale, con conseguente spazio di opinabilità del giudice in un procedimento penale per violazione dell'art. 25 *septies*<sup>66</sup>.

In conclusione, dalla formulazione di questa norma e da quanto analizzato in precedenza, si ritiene che la cifra di diligenza richiesta dalle cautele antinfortunistiche sia diversa rispetto a quella del modello di organizzazione, gestione e controllo, proprio perché ne supera il contenuto<sup>67</sup>. Tuttavia, vi è un nucleo di coincidenza perché sia il modello di prevenzione, sia il modello organizzativo di gestione e controllo sono fondati sulla programmazione e sulla precedimentalizzazione della gestione della prevenzione del rischio (rischio-reato/rischio-evento lesivo) Le coincidenze, però, finiscono in questa sede perché «il dovere di diligenza che grava sulla persona giuridica si esaurisce nel rispetto degli obblighi cautelari che gravano sulle persone fisiche e i fattori di pericolo non contemplati dal piano sicurezza ricadono in un'area di rischio residua la cui prevenzione esorbita comunque dal raggio di azione del modello di organizzazione e gestione»<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 43; si veda anche P. IELO, *Lesioni gravi, omicidio colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. enti.*, 2, 2008, 69, che suggerisce di leggere questa disposizione come una presunzione relativa.

<sup>66</sup> Così anche G. ZAMPINI, *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2008, 121.

<sup>67</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit., 43.

<sup>68</sup> Questa è la posizione di R. LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico: le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza*, in in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, che condivide a sua volta la posizione espressa da F. GIUNTA, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *La resp. amm. soc. ent.*, 2013, 4, 15. Altra parte della dottrina propende, invece, per una posizione che vede contrapposti i due sistemi senza rilevarne le aree di contiguità, così P. ALDROVANDI, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Ig. sic. lav.*, 2007, 10, 574; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *La resp. amm. soc. enti.*, 2008, 2, 91. F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., 432, ha acutamente sottolineato come i due piani di prevenzione/organizzazione siano funzionali l'uno all'altro in senso non biunivo però, dato che un *risk assessment* in un Documento di valutazione dei rischi inadeguato comporta quasi sicuramente la carenza del modello organizzativo, di cui al d.lgs. n. 231/2001 ma non è vero il contrario, sicché può esserci un adeguato sistema di sicurezza sul lavoro anche all'interno di un ente disorganizzato nei altri ambiti gestionali.

#### ***4.2. Il sistema di controllo di “secondo livello” e il ruolo dell’Organismo di vigilanza***

La disposizione, di cui all’art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008, disciplinante l’obbligo di vigilanza del delegante sul delegato, richiama il comma 4 dell’art. 30, ove si afferma che «il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate».

La norma prevede un controllo di “secondo livello”, che si affianca a quello della cerchia dei garanti della sicurezza di natura endoaziendale, di “primo livello”, «appannaggio dei fisiologici “presidi di vigilanza” già contemplati dal testo unico sulla sicurezza»<sup>69</sup>. Quest’ultimo, invece, si concretizza, come è noto, tramite la supervisione diretta dei preposti sui lavoratori, la vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti sui sottoposti ed eventuali delegati e subdelegati e tramite l’organizzazione generale della vigilanza sull’attuazione effettiva delle misure preventive e delle relative procedure attuative nel DVR di competenza del datore di lavoro.

Questo controllo di “secondo livello” mira a potenziare la vigilanza a livello sovrastante, affiancandosi ai suddetti garanti e deve vertere direttamente sull’attuazione e sulla funzionalità dell’intero modello organizzativo. Nello specifico è costituito da due piani di intervento, la predisposizione di cautele organizzativo-gestionali di prevenzione del rischio-reato e l’altro è il controllo sulla loro attuazione e sulla loro capacità di prevenzione<sup>70</sup>.

Le cautele che un ente può adottare per assicurare un’adeguata vigilanza sull’adempimento degli obblighi giuridici in materia di salute e sicurezza possono essere le registrazioni dell’attività di organizzazione della gestione e del controllo, richiamati al comma 2 dell’art. 30, che forniscono un’evidenza di ciò che è stato. L’ente potrà dotarsi, altresì, di protocolli sulla vigilanza aziendale che specificano le prescrizioni da adottare

---

<sup>69</sup> Così N. PISANI, *Struttura dell’illecito e criteri di imputazione*, in A. D’AVIRRO, A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, vol. X., Padova, 2009, 156.

<sup>70</sup> Ha sottolineato la diversità dell’attività di vigilanza dell’ODV, essendo un controllo di “secondo livello”, V. NEFRI, *Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 30, d.lgs. 81/2008*, in *Riv. crit. lav.*, 2009, 45 ss.

e le operazioni da sorvegliare e dovrà curarsi della loro concreta attuazione. Pertanto, il contenuto dell'obbligo di vigilanza dell'ente, da cui discende la relativa rimproverabilità per l'illecito, in questo ambito, non sarà di tipo minuzioso sulla bontà tecnica delle valutazioni compiute dal soggetto competente, bensì si tratterà di verificare il rispetto delle procedure organizzative<sup>71</sup>.

Si confrontano due differenti posizioni dottrinali in ordine a quale organo competa la vigilanza sull'attuazione dei modelli organizzativi di gestione e controllo. Secondo una prima impostazione il soggetto a cui spetterebbe il controllo, di cui all'art. 30, avrebbe un compito differente rispetto a quello effettuato dall'Organismo di Vigilanza, di cui all'art. all'art. 6, comma 1, lett. b.) del d.lgs. n. 231/2001, dovendosi configurare come un terzo, ulteriore, livello di controllo<sup>72</sup>. L'impostazione maggioritaria, invece, ritiene che questo adempimento, specialmente nelle imprese di rilevanti dimensioni, debba essere affidato ad un organo *ad hoc* dotato di autonomi poteri<sup>73</sup>, ovvero sia all'Organismo di vigilanza (ODV), i cui compiti sono principalmente due, di controllo continuo sull'adeguatezza del modello organizzativo e quello di monitoraggio permanente del modello organizzativo. In particolare, quest'ultimo deve essere dotato di tutti i poteri specifici per potere verificare l'efficienza e l'efficacia del modello organizzativo, verificare il rispetto delle modalità e delle procedure previste dal modello organizzativo e rilevare eventuali scostamenti dallo stesso, formulare delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti e adeguamenti del modello che dovessero essere necessari<sup>74</sup>.

Nello specifico settore della sicurezza sul lavoro l'organismo di vigilanza deve adempiere «all'organizzazione del controllo del rischio, concentrandosi sull'osservanza e sulla funzionalità dei protocolli cautelari e non su un controllo preventivo sistemico volto ad impedire specifici eventi o comportamenti illeciti realizzati dagli amministratori<sup>75</sup>».

È stato oggetto di dibattito dottrinale la sua natura giuridica; tuttavia, l'interpretazione maggioritaria esclude che possa configurarsi a suo carico una

---

<sup>71</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit., 51.

<sup>72</sup> T. E. ROMOLOTTI, *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 4, 2008, 89; così anche M. CARDIA, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2, 2008, 127.

<sup>73</sup> N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., p. 835; V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza*, cit., 51.

<sup>74</sup> Come messo in luce da N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 58.

<sup>75</sup> F. CURI, *L'imprenditore persona giuridica*, cit., 189.

responsabilità penale, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. perché non risulta titolare di una posizione di garanzia. Difatti, sarebbe privo di quei necessari poteri impeditivi di intervento su cui si basa la responsabilità omissiva, ma sarebbe titolare di un obbligo di sorveglianza<sup>76</sup>. Come ha osservato attenta dottrina, i compiti dell'ODV rappresentano un modello di azione doverosa di tipo collettivo, distante dal paradigma individualizzante della colpevolezza delle persone fisiche, che pretende un nesso specifico tra colpa ed evento lesivo in concreto verificatosi. In altri termini, proprio nell'ambito della sicurezza sul lavoro (ma con affermazioni suscettibili di generalizzazione) si osserva con più chiarezza un simile scollamento perché l'ODV ha compiti di alta vigilanza sulla corretta gestione del rischio, mentre in capo ai garanti, di cui al d.lgs. n. 81/2008, ovvero sia il datore di lavoro e i garanti a lui subordinati, spetta la prevenzione dei rischi contro l'incolumità individuale e l'impedimento dei danni individualizzati. Da ciò consegue che «tra ODV e singolo evento infortunistico vi è un tendenziale “non rapporto”, per la mancanza di un contatto funzionale tra doveri giuridici dell'organismo ed evento infortunistico»<sup>77</sup>. Non tutti gli eventi lesivi assurgono ad eventi rilevanti per i componenti dell'Organismo di vigilanza ma solo quelli che possono essere spia di un'inadeguatezza nell'organizzazione e nelle procedure produttive dell'ente e solo per questi, dunque, si dovrà indagare se l'ODV abbia posto in essere «condotte consequenziali di valutazione, informazione e gestione del rischio sistemico», da cui è conseguito l'evento lesivo verificatosi<sup>78</sup>.

Condivisibilmente la critica rivolta ai sostenitori della tesi per cui sussiste una posizione di garanzia in capo all'ODV, si basa sull'ambiguo concetto di “potere

---

<sup>76</sup> In tal senso, C. PIERGALLINI, *Societas deliquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. tri. dir. pen. ec.*, 571; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 1 ss.; PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA. VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, 1374; E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese. Societas deliquere potest*, Milano, 2006, 184; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 411 ss. e F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 2006, 610- 611; A. INGRASSIA, L. TROYER, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'organismo di vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1266 ss. In senso favorevole alla configurabilità, A. GARGANI, *Imputazione del reato degli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irreali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061 ss.; F. VIGNOLI, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *La resp. amm. soc. enti.*, 2009, 2, 97 ss. Invece ritiene configurabile, a determinate condizioni, esclusivamente una responsabilità a titolo di agevolazione colposa, in forma attiva, nel fatto illecito altrui, F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., 448 ss.

<sup>77</sup> Con questa espressione, F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., 442. In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. IV, 19 marzo 2012, n. 10702, in *Guida dir.*, 17, 43 ss.

<sup>78</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione*, cit., 57.

impeditivo mediato”<sup>79</sup>. L’organo in questione, effettivamente, sarebbe titolare di poteri intervento ma mediati, perché si manifestano in forma di poteri informativi, idonei ad attivare i poteri impeditivi dell’organo di vertice e ne conseguirebbe che, al più, solo in queste determinate ipotesi concrete l’azione dell’ODV potrebbe avere un ruolo concausale nella produzione dell’evento lesivo. Rimane, tuttavia, mancante di effettivi poteri impeditivi rispetto a singoli eventi lesivi, così intesi dalla teoria sul reato omissivo improprio<sup>80</sup>.

##### **5. La vexata quaestio dell’estensione del dovere di vigilanza del soggetto delegante sul delegato, ai sensi dell’art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 81/2008**

Resta ora da affrontare il nodo maggiormente problematico della disciplina della delega di funzioni nel testo unico della sicurezza sul lavoro, ovvero sia l’interpretazione della disposizione, di cui all’art. 16, comma 3, che normativizza il «*modus operandi* della diligenza esigibile»<sup>81</sup> da parte del datore di lavoro, che assolverebbe al suo obbligo di vigilanza in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’art. 30, comma 4». Come in precedenza messo in luce, con questa disposizione, così come riformulata dal correttivo ad opera del d.lgs. n. 106/2009, viene costituito un nesso di collegamento tra la responsabilità dell’individuo, in presenza di una valida delega di funzioni e la responsabilità per omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime dell’ente, nel senso che le cautele adottate per non incorrere in quest’ultima avrebbero delle ricadute favorevoli, altresì, per la responsabilità del singolo, ovvero del delegante<sup>82</sup>. Tuttavia, abbiamo osservato nei paragrafi precedenti che, ad un’attenta interpretazione della “catena di rinvii” tra il testo unico in materia di sicurezza sul lavoro e il “sistema 231”, la diligenza richiesta dalle cautele infortunistiche al singolo individuo-garante sia

---

<sup>79</sup> Condividono, invece, questa posizione, A. NISCO, *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, 2435 ss. ID, *Responsabilità degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 317 ss. Invece in senso critico, F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., 444-445. Similmente, N. PISANI, *La colpevolezza dell’ente*, cit., 103.

<sup>80</sup> Cfr. *supra* Cap. I

<sup>81</sup> F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell’obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all’art. 30, comma 4, t.u. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 70.

<sup>82</sup> Teorizzata, con qualche variante, *ante litteram* da T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 179 ss.

diversa ed esorbiti il contenuto di quella tipica della colpa di organizzazione, rimproverabile all'ente collettivo. Ci si domanda, allora, come possano i due paradigmi confondersi e fondersi nel contenuto dell'obbligo di vigilanza del delegante sul delegato, ai fini di un esonero del primo dalla responsabilità penale individuale.

Procedendo per gradi, un primo profilo di incertezza della disposizione, di cui all'art. 16, comma 3 t.u., riguarda il quesito sulla vincolatività o meno del mezzo, con cui il datore di lavoro assolve al suo obbligo di vigilanza sul delegato, ovvero sia tramite l'adozione del sistema di verifica e controllo, di cui all'art. 30, comma 4 del t.u.

Si condivide la posizione della dottrina che ha riscontrato l'incoerenza sistematica nella lettura della disposizione richiamata a favore della vincolatività dell'obbligo per il datore di lavoro. In primo luogo, vi sarebbe un'irragionevole differenziazione a favore degli enti collettivi rientranti nell'ambito applicativo del d.lgs. n. 231/2001, rimanendo esclusi dal campo applicativo della disposizione, di cui all'art. 16, comma 3, i garanti dell'obbligo di sicurezza, che non rientrano tra i destinatari del Decreto 231, quali quelli nelle imprese individuali o negli enti pubblici<sup>83</sup>. Sicché, soltanto i datori di lavoro deleganti degli enti collettivi, rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231/2001, avrebbero il beneficio di assolvere al dovere di vigilanza tramite l'adozione e l'efficace attuazione del modello di verifica e controllo. In secondo luogo, si rischierebbe di determinare una violazione del principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., determinando una compressione eccessiva della libertà di organizzazione dell'imprenditore (libertà costituzionalmente tutelata indirettamente dall'art. 41 Cost.)<sup>84</sup>.

Certamente la portata specificativa della norma in questione è innovativa, perché mette in luce come l'attività di vigilanza, ex art. 16 comma 3, del delegante non possa esplicarsi tramite un controllo quotidiano, sulle singole operazioni del delegato, bensì come una «sorveglianza sintetica e periodica sullo stato generale della gestione della sicurezza». Questa tipologia di controllo si attuerebbe, però, non personalmente da parte del delegante ma attraverso la predisposizione ed efficace attuazione del modello di

---

<sup>83</sup> Per un'interessante analisi del campo di applicazione soggettivo del d.lgs. n. 231/2001 e un dissonante indirizzo interpretativo giurisprudenziale, si veda nota a Cass., Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657, di G. AMARELLI, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011.

<sup>84</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo"*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 44 ss.; S. DOVERE, *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, 1, 109; F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza*, cit., 73.

organizzazione<sup>85</sup>. Sicuramente una disposizione di tal fatta è un incentivo per la struttura aziendale e per il datore di lavoro a dotarsi di modelli organizzativi e non si vuole porre in dubbio la possibilità che il datore di lavoro possa adempiere ai suoi obblighi prevenzionistici attraverso una struttura organizzativa. La dissonanza della disposizione, di cui all'art. 16, comma 3, si rinviene, tuttavia, nel dichiarare “assolto” il dovere di vigilanza in caso di adozione e concreta attuazione del sistema di controllo, di cui all'art. 30, comma 4. Come abbiamo già ampiamente analizzato questo rinvio significa che il delegante debba assolvere a questo dovere avvalendosi della strategia prevenzionistica tipica dei modelli organizzativi di gestione e controllo, di cui al d.lgs. n. 231/2001. Questa attività di vigilanza, pertanto, nello specifico ambito della delega di funzioni, consisterebbe nella previsione di specifici protocolli di controllo sulla gestione della delega che disciplinano, per esempio, gli strumenti di registrazione delle attività del delegato, la permanenza dei requisiti di idoneità degli affidatari, i canali informativi dal delegato al delegante per eventuali esigenze esorbitanti i suoi poteri di spesa, i requisiti degli *auditors* incaricati dal delegante e la permanenza nel tempo dell'idoneità degli strumenti di controllo stessi<sup>86</sup>. Anche in materia antinfortunistica l'attività di supervisione è affidata ad un organo *ad hoc*, idoneo ad effettuare questo controllo di “secondo livello”, che è stato indentificato nell'ODV<sup>87</sup>.

Da qui origina la questione maggiormente spinosa, stante la mancanza di titolarità di una posizione di garanzia in capo all'Organismo di vigilanza; difatti, se si volesse eccezionalmente concepire questo organo in questo specifico ambito della tutela della sicurezza sul lavoro come appartenente alla cerchia dei garanti, si finirebbe per snaturarne le sue caratteristiche che avrebbe all'interno del “sistema 231”, ovverossia di indipendenza e di autonomia<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> D. PULITANÒ, *Sicurezza sul lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 105 denomina questo obbligo di vigilanza del delegante come «un controllo della tenuta del sistema organizzativo».

<sup>86</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 100.

<sup>87</sup> Cfr. con quanto già detto *supra* par. 4.2; questa scelta del legislatore è stata accolta con favore da una parte della dottrina che aveva messo in luce le criticità della disposizione, di cui all'art. 16, comma 3 d.lgs. n. 81/2008 nella formulazione anteriore alla modifica legislativa del d.lgs. n. 106/2009 dato che si poteva teorizzare l'assolvimento del dovere di sorveglianza del delegante tramite attuazione del sistema di verifica e controllo, pur senza aver adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo avente i connotati definiti dal d.lgs. 231/2001, S. DOVERE, *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, cit., 109.

<sup>88</sup> Come ha messo in luce T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, cit., 49 ss. In senso, invece, adesivo a questa opzione interpretativa A. LANZI, *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro*, cit., 41 ss.



Per poter dotare di contenuto la disposizione, di cui all'art. 16 comma 3, è sicuramente condivisibile quella dottrina che riserva alla presunzione di assolvimento del dovere di vigilanza del delegante esclusivamente un significato indiziante, tale per cui è come se la stessa si dovesse leggere che, nel caso in cui il delegante si dotasse di misure organizzative di vigilanza e se si curasse della sua efficace attuazione, andrebbe esente da responsabilità penale, salvo prova contraria<sup>89</sup>.

Del resto, il dovere di vigilanza in capo al datore di lavoro non è concepibile che venga delegato *tout court* dall'Organismo di sorveglianza, essendo un obbligo indelegabile che residua in capo alla sua posizione di garanzia, che, in virtù del trasferimento negoziale di funzioni, ha mutato di contenuto. Se così non fosse si finirebbe per fare assumere, come già segnalato, all'ODV la posizione di garante, inconciliabile con il suo ruolo da "sorvegliante"<sup>90</sup>.

Nello stesso tempo, però, essendo il datore di lavoro privo dei necessari saperi tecnici in una realtà altamente complessa come quella che connota la struttura aziendale, è essenziale che si possa avvalere dell'opera di un terzo soggetto, ossia dell'Organismo di vigilanza per controllare l'attività del delegato; non si intende però che abbia affidato allo stesso un compito meramente esecutivo poiché un ruolo meramente operativo verrebbe assunto da soggetti appositamente designati, che svolgono in tal caso "per conto del datore di lavoro", attività protocollare per verificare la corretta gestione della delega. Per queste ragioni bisogna distinguere propriamente un duplice livello di controllo che si articola in un primo livello, di tipo operativo, affidato ad *auditors* indipendenti, selezionati dal datore di lavoro delegante che si occupano di controllare le prestazioni del delegato *in executivis* e di curare l'attivazione di canali informativi tra quest'ultimo e il delegante. Un secondo livello di controllo sarà, appunto, affidato all'ODV, in funzione di "meta controllo" tramite un flusso di informazioni tra tutti i soggetti coinvolti, delegante, delegato e *auditors* esterni; in tal modo non si avrà un affidamento diretto di un'attività

---

<sup>89</sup> Per questa lettura interpretativa V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 102; in senso parzialmente conforme U. LECIS, *La delega di funzioni e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, 2,164 ss.

<sup>90</sup> Cfr. *supra* in questo capitolo, par. 4.2. In tal senso anche F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza*, cit., 76, condivide l'opinione maggioritaria per cui L'ODV non rivestirebbe il ruolo di garante e tra le varie argomentazioni segnala come l'entrata in vigore degli artt. 52, comma 2 e 55 d.lgs. n. 231/2007, che hanno previsto esplicitamente l'obbligo di vigilare sull'effettiva applicazione della normativa antiriciclaggio, abbiano avvalorato la tesi a sfavore, proprio perché in questo limitato ambito c'è stato bisogno di un intervento normativo specificativo.

di verifica ad un soggetto, quale l'Organismo di vigilanza che perderebbe così i connotati propri della sua funzione, di cui al d.lgs. n. 231/2001 ma un controllo "procedimentalizzato", che passa tramite un duplice filtro<sup>91</sup>.

L'obbligo di garanzia in capo al datore di lavoro delegante in un sistema così ricostruito risulta, però, essere "mediato" o comunque "sfumato", piuttosto che realmente impeditivo, perché il garante dovrebbe attivarsi, seppur privo dei necessari saperi tecnici, sulla base di *report* informativi dei verificatori da lui nominati. Ne conseguirebbe altresì, come è stato messo in luce, l'eventualità che lui possa rispondere, sia per *culpa in eligendo*, sia per *culpa in vigilando*, anche delle eventuali inadempienze dei soggetti da lui incaricati di sorvegliare il delegato, con il rischio che riaffiori una responsabilità "di posizione", con conseguente violazione dell'art. 27 Cost. Ed è proprio per queste criticità, forse con una formulazione testuale discutibile, che il testo unico sulla sicurezza sul lavoro ha deciso di valorizzare il sistema di verifica e controllo, che costituisce una componente del Modello, che ha funzione esimente (a determinate condizioni) della responsabilità amministrativa degli enti. La disposizione in parola permetterebbe di far coincidere «le conoscenze acquisite attraverso idonei meccanismi informativi e di sorveglianza interna, sulla cui funzionalità l'ODV abbia correttamente vigilato» con quelle esigibili, secondo parametri di diligenza obiettiva, in capo al datore di lavoro. Pertanto, solo quando al delegante siano giunte informazioni sull'inadeguatezza del delegato, allora dovrebbe attivarsi ed emendare, altrimenti potrebbe fare legittimo affidamento sul delegato e sui presidi organizzativi predisposti per la verifica della sua adeguatezza<sup>92</sup>.

Sul terreno dell'esigibilità, con un'inversione dell'onere della prova, dunque, si "recupererebbe", secondo chi scrive, l'eccesso di latitudine dei poteri impeditivi in capo al delegante/sorvegliante sull'attività del delegato, in presenza di una valida ed efficace delega di funzioni<sup>93</sup>. Se da una parte è difficile ipotizzare che il delegante debba

---

<sup>91</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 102; nello stesso senso F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza*, cit., 78.

<sup>92</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 103; similmente F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza*, cit., 79.

<sup>93</sup> Difatti, in dottrina una voce autorevole sottolinea che la disposizione, di cui all'art. 16 comma 3, avendo ad oggetto la tenuta del sistema organizzativo e non il controllo su specifici fattori di rischio, non potrebbe costituire un obbligo impeditivo idoneo a fondare una responsabilità per concorso omissivo del delegante, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., N. PISANI, *Profili penalistici*, cit., 833 anteriormente al decreto correttivo del 2009; ID, *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. econ.*, 2009, 147-148.

rispondere per omesso impedimento dell'evento lesivo del delegato, all'interno di un sistema complesso in cui le decisioni sono sempre più procedimentalizzate e si attuano anche sulla mera conoscibilità di informazioni provenienti da terzi controllori. Allora, dall'altra, è forse accettabile che sia prevista un'inversione dell'onere probatorio della diligenza esigibile da parte del datore di lavoro nell'adempimento del suo dovere di sorveglianza, che si intende assolto se le mancanze dell'*audit*, da parte di verificatori da lui designati, non sono state rilevate neppure dall'ODV.

## **SEZ. II - LA DELEGA DI FUNZIONI NEGLI ALTRI SETTORI DELL'ORDINAMENTO**

Sommario: 1. La delega di funzioni nel diritto penale dell'ambiente. - 1.1. L'efficacia del trasferimento di funzione nel diritto penale dell'ambiente e i diversi orientamenti della Corte di Cassazione. - 1.2. Particolari declinazioni dei requisiti della delega di funzioni in materia ambientale e il problema della delega esterna. - 2. Il principio di indelegabilità degli obblighi tributari al crocevia tra giurisprudenza e dottrina. - 2.1. Il tramonto di un dogma? La riconsiderazione dell'indelegabilità dell'obbligo tributario alla luce dell'evoluzione normativa. - 3. La delega di funzioni nella pubblica amministrazione: il datore di lavoro pubblico, l'atto di investitura dirigenziale e la delega di funzioni.

### ***1. La delega di funzioni nel diritto penale dell'ambiente***

A questo punto della trattazione sono chiari i capisaldi posti in materia di salute e sicurezza sul lavoro per costituire una valida delega di funzioni; resta da comprendere se queste affermazioni siano suscettibili di generalizzazione in altri ambiti dell'ordinamento penale; se, dunque, la delega di funzioni possa essere concepita come uno strumento di portata generale, per istituire nuove posizioni di garanzia derivate da parte del garante originario, soprattutto in realtà complesse in cui l'istituzione di un'ampia gamma di garanti è prodromica ad un efficiente governo del rischio di impresa.

In materia ambientale si registrava un orientamento contrario alla delegabilità degli obblighi giuridici basato sull'erronea convinzione che gli illeciti ambientali fossero reati comuni e come tali potessero essere compiuti da chiunque, non rilevando l'atto di trasferimento delle funzioni. La conseguenza diretta di questa impostazione era quella per

cui il delegato sarebbe sempre stato, in ogni caso, autore del reato, con possibile violazione del principio di colpevolezza<sup>94</sup>.

D'altro canto, in un contesto normativo differente da quello attualmente vigente, l'assenza di qualifiche soggettive intermedie in materia ambientale e, in generale, la mancanza di una precisa ripartizione delle funzioni e delle competenze ad esse connesse, a cui si aggiungeva la mancata regolamentazione dell'istituto della delega in questo ambito, deponevano a sfavore della legittimità della stessa<sup>95</sup>. All'indirizzo sopraenunciato se ne contrapponeva un altro che, invece, proprio in assenza di qualifiche soggettive autonome, riteneva che il garante dell'adempimento di tutti gli obblighi giuridici inerenti all'impresa dovesse essere identificato sempre nell'imprenditore, che finiva per rispondere anche per le funzioni su cui non aveva il controllo, come se fosse titolare di una responsabilità "di posizione"<sup>96</sup>.

La Suprema Corte aveva enunciato che «in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, se la norma penale prevede un reato che è proprio del titolare dell'impresa (in qualunque modo egli sia indicato nella norma medesima), anche in caso di delega ad altri delle sue funzioni, il titolare non si spoglia delle responsabilità, poiché l'obbligo originario si trasforma in obbligo di garanzia, ed egli risponde a norma dell'art. 40 c.p., ammenoché nessuna colpa gli sia addebitabile. Se invece la norma penale pone il reato a carico di chiunque, trovandosi in una certa situazione ometta il comportamento dovuto o compia l'azione vietata, l'obbligo di osservare il precetto penale incombe allora a chi esercita determinate funzioni e dunque al delegato. Ne consegue che, nel caso di reato per il quale il conferimento di delega comporta che esso non sia attribuibile al titolare, quest'ultimo va esente da responsabilità a condizione che la delega sussista e che il delegato sia stato in condizione di osservare il precetto penale»<sup>97</sup>

Questo indirizzo interpretativo è stato poi ampiamente superato, dato che nessuno più dubita che i reati propri, pur descrivendo il soggetto attivo apparentemente in modo indeterminato, usando l'espressione «chiunque», possano, invece, implicitamente essere riferiti ad un determinato soggetto dotato di una particolare qualifica naturalistica o

---

<sup>94</sup>In senso critico, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 228 ss.; tra le sentenze espressione di questo orientamento riportate dall'Autrice, tra le tante, si vedano Cass., Sez. III, 21 settembre 1994 e Cass., Sez. III, 11 aprile 1989.

<sup>95</sup>M. ZALIN, *Efficacia della delega di funzioni nel diritto penale dell'ambiente* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 694 ss.

<sup>96</sup>E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, 280.

<sup>97</sup>In tal senso, Cass., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 4422, in *Cass. pen.*, 1997, 1871. Questo indirizzo interpretativo restrittivo era assolutamente prevalente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/1999 ed escludeva l'efficacia esonerante della delega di funzioni in capo al titolare dell'impresa sulla base di diverse argomentazioni, per la mancanza di una regolamentazione normativa dell'istituto, dalla indicazione legislativa aperta dei soggetti attivi delle fattispecie incriminatrici, dal principio di personalità della responsabilità penale. Sul punto si veda anche la pronuncia Cass., Sez. III, 11 aprile 1989, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1990, 145, con nota di S. SERENI, *Una discutibile sentenza in tema di inquinamento idrico*.

giuridica, come nei reati “propri” a qualifica esplicita<sup>98</sup>. La mancanza di qualifiche intermedie in questa normativa è accompagnata, però, da fattispecie incriminatrici che si riferiscono a diversi aspetti della realtà aziendale, indicando implicitamente soggetti attivi diversi dall’imprenditore nella fattispecie incriminatrice<sup>99</sup>.

Il decreto legislativo n. 152 del 2006 (c.d. testo unico sull’ambiente) contempla una serie di fattispecie incriminatrici che si sono rivelate reati propri dell’imprenditore dato che è lui che, per esempio, ha bisogno per l’esercizio di determinate attività produttive di autorizzazioni prescrittive come l’A.I.A; oppure, per quanto attiene il rischio penale in materia di rifiuti è pressoché in capo all’imprenditore, ovverossia sul “gestore” di tutte l’attività connesse al ciclo produttivo e allo smaltimento dei rifiuti. Anche i delitti contro l’ambiente previsti dal codice penale, ad esclusione di alcune ipotesi limite, afferiscono ai rischi dell’attività industriale<sup>100</sup>.

Per l’importanza del bene giuridico coinvolto, nel settore del diritto penale ambientale si è affermata proprio la necessità di una tutela rafforzata tramite l’ampliamento della platea dei soggetti coinvolti nella realizzazione della tutela penale, a cui la delega di funzioni era funzionale<sup>101</sup>.

### ***1.1. L’efficacia del trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’ambiente e i diversi orientamenti della Corte di Cassazione***

L’orientamento successivo, che superò quello che negava *ab origine* la legittimazione della delega di funzioni in materia ambientale, soprattutto in ragione della particolare formulazione dei precetti nelle fattispecie incriminatrici in materia ambientale, recepiva le osservazioni dottrinali e poneva la premessa argomentativa alla legittimazione della delega di funzioni dal principio di effettività, elevato a criterio di selezione dei

---

<sup>98</sup> Sul punto si veda anche L. PRATI, *La ripartizione delle responsabilità ambientali all’interno delle organizzazioni o dei gruppi societari*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 29 ss. Tra i contributi che si sono occupati in particolare delle imprecisioni linguistiche riguardanti l’individuazione del soggetto attivo nei reati ambientali, P. GIAMPIETRO, *Il soggetto attivo dei reati di inquinamento nella legge “Merli”*, in *Giur. it.*, 1977, 4, 76; G. AMENDOLA, *La tutela penale dell’inquinamento idrico*, Milano, 1996, 29 ss.

<sup>99</sup> S. PANAGIA, *La tutela dell’ambiente naturale nel diritto penale d’impresa*, Padova, 1993, 85.

<sup>100</sup> F. PINELLI, A. BERARDI, *Lineamenti di diritto penale dell’ambiente e della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2020, 187.

<sup>101</sup> Tra i primi contributi sul punto, A. MONTAGNA, *La individuazione delle posizioni di garanzia quale ulteriore strumento di tutela ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 617 ss. Si veda anche P. ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 709.

soggetti attivi delle fattispecie incriminatrici dell'allora vigente legge Merli, (legge 10 maggio 1976, n. 319). Una volta che il delegante, pertanto, si sarebbe spogliato con la delega di funzioni dei poteri relativi a quella determinata sfera di competenza avrebbe comunque dovuto svolgere un'attività di controllo sull'attività del delegato. Per questo indirizzo interpretativo, dunque, il titolare o il legale rappresentante dell'azienda andava esonerato da responsabilità penale nella sola ipotesi in cui il fatto lesivo si fosse verificato, nonostante la sua attività di vigilanza, per un comportamento imprevedibile ed inevitabile del delegato<sup>102</sup>. Da simili argomentazioni ne conseguiva che la delega di funzioni, nella prima giurisprudenza, avesse efficacia sul piano subiettivo della fattispecie e che non costituisse, dunque, nuovi centri di imputazione della responsabilità penale ma fosse idonea ad esonerare il rimprovero per colpa del delegante, qualora l'evento lesivo del delegato fosse risultato imprevedibile e inevitabile.<sup>103</sup>

Vi sono state anche pronunce che hanno sposato un orientamento mediano per quanto riguardava il contenuto dell'obbligo di controllo del delegante sul delegato;

in una pronuncia, difatti, la Corte di Cassazione ha specificato che in caso di delega tra l'organo di amministrazione e un direttore di stabilimento quest'ultimo dispone «di poteri di decisione e di spesa in materia di osservanza della normativa ambientale, non può farsi carico all'amministratore unico della responsabilità penale per il fatto che lo stabilimento scarichi irregolarmente alcuni reflui in un fosso, bypassando il depuratore di cui lo stabilimento è munito. Invero, se non si prova che l'amministratore è al corrente dello scarico irregolare, non rientra nei suoi doveri di vigilanza il controllo continuo degli scarichi di tutti gli stabilimenti sociali, per i quali ha legittimamente conferito a direttori professionalmente qualificati i poteri decisionali e finanziari in materia»<sup>104</sup>

Tuttavia, anche in materia ambientale come in materia antinfortunistica, si è assistito ad un *revirement* giurisprudenziale secondo cui la delega di funzioni esplicherebbe efficacia sul piano obiettivo della fattispecie «sicché delle eventuali violazioni commesse rispondono le persone preposte alla direzione di singoli rami o impianti e non il titolare dell'azienda». Ancora, in un'altra pronuncia la Corte di Cassazione ha specificato che «in tema di tutela delle acque dall'inquinamento il legale rappresentante di un'impresa non è penalmente responsabile qualora abbia affidato la gestione ed il controllo degli impianti di depurazione ad un funzionario o direttore»<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> *Ex plurimis*, Cass. Sez. III, 22 giugno 1998, n. in *Riv. trim. pen. econ.*, 1998, 1005.

<sup>103</sup> Per una ricostruzione degli orientamenti sul punto, T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 232.

<sup>104</sup> Cass., Sez. III, 2 marzo 1999, n. 6441, in *Riv. pen.*, 2000, 904.

<sup>105</sup> Cass., Sez. III, 24 settembre 1990, citata da T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 234.

Si è consolidato, dunque, un indirizzo giurisprudenziale secondo cui la delega di funzioni possa avere un'efficacia scriminante se il delegante ha compiuto scelte generali opportune, con tutte le misure richieste a tutela dell'ambiente ed abbia poi delegato in modo valido ed efficace ad un collaboratore; riemergerebbe la sua penale responsabilità solo qualora non si sia attivato su segnalazione del delegato e il fatto illecito non sia riconducibile a scelte strutturali di sistema<sup>106</sup>.

### ***1.2. Particolari declinazioni dei requisiti della delega di funzioni in materia ambientale e il problema della delega esterna***

Gli orientamenti giurisprudenziali favorevoli all'utilizzo della delega di funzioni in altri contesti diversi dalla sicurezza sul lavoro sovente applicano analogicamente i requisiti prima elaborati dalla prassi e poi positivizzati alla disposizione, di cui all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008<sup>107</sup>.

Talvolta, tuttavia, alcuni requisiti risultano essere più enfatizzati, come la natura strutturale e non "occasionale" dell'istituto, che deve essere previsto negli statuti della società, insieme alla procedura da seguire per il suo conferimento<sup>108</sup>. Come, invece, in altre pronunce risulta non essere più considerato requisito di validità della delega la sua espressione in forma scritta<sup>109</sup>, diversamente da quanto, invece, previsto nel d.lgs. n. 81/2008 per la delega in materia di sicurezza sul lavoro. Per quanto attiene alla necessità

---

<sup>106</sup> Si veda Cass., Sez. III, 22 febbraio 2006, ed anche Cass., Sez. III, 3 dicembre 1999 con nota di A. PASCULLI, *Rilevanza penale della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 294 ss. che enumera i requisiti per cui la delega di funzioni in materia di tutela ambientale possa avere efficacia scriminante: a) deve essere espressa in forma scritta, b) deve avere natura strutturale, nel senso di conformità alle norme statutarie d) deve esserne data adeguata pubblicità; e) deve comportare un effettivo trasferimento dei poteri decisionali in capo al delegato, con autonomia di gestione ed economica; f) devono sussistere le dimensioni dell'impresa da giustificare l'utilizzo; g) il delegato deve essere munito della capacità e dell'idoneità tecnica; h) l'insussistenza di una richiesta di intervento da parte del delegato; i) la mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato; l) l'inquinamento non deve derivare da cause strutturali; m) la natura eccezionale della delega, di cui si deve dare prova in modo rigoroso.

<sup>107</sup> Si veda anche T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, 266 ss. in riferimento all'elaborazione giurisprudenziale antecedente al d.lgs. n. 81/2008.

<sup>108</sup> A. L. VERGINE, *Ancora in tema di «delega di funzioni» in ipotesi di reato ambientale*, nota a Cass., Sez. III, 24 settembre 1990, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 611.

<sup>109</sup> Cass., Sez. III, 10 ottobre 2006, in *Dejure*.

che l'impresa abbia o meno delle dimensioni rilevanti si registra un contrasto di orientamenti all'interno della Corte di Cassazione <sup>110</sup>.

Con la codificazione espressa dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzioni nel d.lgs. n. 81/2008, la Suprema Corte, in una recente sentenza da accogliere favorevolmente, ai fini di perimetrare i requisiti di validità e di efficacia della delega di funzioni in materia di diritto penale dell'ambiente, ha analizzato quanto è stato affermato dal legislatore nel testo unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro per trarne le medesime conseguenze in ambito ambientale. Argomentando diversamente si darebbe adito ad un'irragionevole disparità di trattamento, con conseguente violazione del principio di non contraddizione, quando la delega di funzioni esplica efficacia sul medesimo soggetto della stessa realtà aziendale, a seconda del reato commesso, se appartenete alla materia ambientale o prevenzionistica.

Difatti, ha sancito che «non può, pertanto, non riconoscersi come la presenza di una volontà legislativa ben determinata (escludere il requisito della necessità della delega) nell'affine materia prevenzionistica, non espliciti i suoi effetti anche nella materia ambientale, considerando, del resto, gli inevitabili e naturali punti di contatto tra l'esercizio delle funzioni e gli adempimenti delegati nei due settori; a tacer d'altro, osserva il Collegio, il mantenimento del requisito dimensionale quale *condicio sine qua non* dell'efficacia della delega di funzioni in materia ambientale, determinerebbe un'illogica ed ingiustificabile disparità di trattamento (per di più fondata su una contraria esegesi giurisprudenziale, valevole solo per il settore ambientale e non più per quello prevenzionistico) tra chi è delegato agli adempimenti ambientali e chi è delegato agli adempimenti in materia antinfortunistica, con la paradossale conseguenza, ove le deleghe confluiscono nel medesimo soggetto, che l'osservanza della legge consentirebbe di ritenere efficace l'atto di delega in materia prevenzionistica, ma non quello conferito in materia ambientale»<sup>111</sup>.

In definitiva si denota che, non essendo l'istituto ancora codificato, i requisiti della delega di funzioni si prestano ad essere "ritagliati" in base alle peculiarità del caso concreto e alle specificità della materia; tuttavia, in molte pronunce, al di là dei criteri ondivaghi di validità e di efficacia, viene sancito che la delega di funzioni possa avere

---

<sup>110</sup> Cass., Sez. III, 2 luglio 2015, 27862, con nota di M. TELESICA, *Tutela dell'ambiente e delega di funzioni: irrilevante il requisito della dimensione dell'impresa secondo un condivisibile arresto della giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. giur., ag. al. amb.*, 2016, 1 ss.; si veda anche Cass., Sez. III, 26 maggio 2004, n. 1112, in [www.tuttoambiente.it](http://www.tuttoambiente.it), la cui massima sancisce che «in materia di delega di funzioni, la distinzione tra imprese di grandi dimensioni e medie e piccole non assume particolare rilievo, giacché la necessità di decentrare compiti e responsabilità non può escludersi, a priori, nelle piccole e medie aziende in considerazione della sempre maggior complessità dell'attività produttiva dell'impresa moderna e delle congerie di norme da osservare, che spesso richiedono il possesso di conoscenze tecniche specialistiche non comuni, tali da imporre il ricorso ad esperti, sempre che ciò sia necessario». *Contra*, di recente, in una pronuncia la S. C., pur specificando l'applicazione analogica dell'istituto disciplinato in materia prevenzionistica, ha sancito che «il trasferimento delle funzioni delegate deve essere giustificato in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa». Così Cass., Sez. III, 27 maggio 2020, n. 15941, in *Olympus*.

<sup>111</sup> Cass., Sez. III, 2 luglio 2015, n. 27862, cit., par. 6.



un'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie, costituendo un ulteriore garante a tutela dei beni giuridici di rilevanza ambientale, a patto che l'inquinamento non riguardi cause strutturali, in relazione alle quali i garanti in materia ambientale risulterebbero, dunque, essere titolari di obblighi, *de facto*, indelegabili. In ogni caso, la delega di funzioni non libererebbe totalmente il garante originario, perché permarrebbe su di lui un obbligo di sorveglianza sulla corretta gestione e sul corretto adempimento degli obblighi trasferiti da parte del delegato, che potrebbe far riemergere una responsabilità concorsuale per *culpa in vigilando* nell'illecito del delegato.

Diversamente da quanto accade in materia antifortunistica, invece, nel diritto penale dell'ambiente è frequente che il garante originario deleghi ad un soggetto estraneo alla compagine aziendale. La giurisprudenza, difatti, in questo ambito è più propensa a riconoscere la validità della c.d. "delega esterna".

È paradigmatico un caso analizzato dalla Corte di Cassazione in cui il legale rappresentante di un consorzio aveva affidato in appalto la gestione dell'impianto di depurazione ad una società esterna. La delega di funzioni viene ritenuta valida ed efficace con conseguente esonero della responsabilità del delegante, previa dimostrazione da parte di quest'ultimo di avere vigilato sull'operato del delegato e di avere immediatamente riassunto le funzioni, una volta che abbia avuto conoscenza della gestione inefficiente del depuratore<sup>112</sup>.

Nella giurisprudenza di merito in alcune pronunce non recenti si è registrato uno scollamento ancora più netto rispetto a quanto affermato in materia antinfortunistica, in cui non viene ammessa tendenzialmente la delega di funzioni esterna. In alcuni casi è stata ritenuta totalmente liberatoria, come in una pronuncia in cui l'organo giudicante ha ritenuto esente da penale responsabilità il delegante per uno sversamento in mare di materiale idrocarburico, dal momento che la ditta appaltatrice, avendo precisa cognizione dei rischi specifici dell'ambiente di lavoro, era l'unica a cui si poteva ascrivere la penale responsabilità per non avere predisposto le cautele idonee<sup>113</sup>.

In conclusione, la delega di funzioni nel diritto penale dell'ambiente è considerata generalmente ammissibile, in linea con quanto è stato elaborato per la delega di funzioni, di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, con qualche disarmonia di indirizzo

---

<sup>112</sup> Cass., Sez. III, 30 agosto 2000, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 56.

<sup>113</sup> In una sentenza risalente, Pret. Gela, 24 settembre 1998, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 299.

all'interno della Corte di Cassazione, data soprattutto dalla mancanza di una testuale previsione normativa dell'istituto.

## **2. Il principio di indelegabilità degli obblighi tributari al crocevia tra giurisprudenza e dottrina**

La giurisprudenza di legittimità ha da sempre ritenuto gli obblighi in materia tributaria obblighi personali e come tali non ha mai considerato efficace la delega di funzioni, né sul piano soggettivo della fattispecie, come causa di esclusione della colpevolezza, né sul piano obiettivo con efficacia scriminante del fatto illecito nei confronti del delegante<sup>114</sup>.

Un simile assunto si basa principalmente sulla natura personale ed infungibile dell'obbligo tributario in capo al soggetto qualificato dei reati omissivi propri del diritto penale tributario; indirizzo che è stato ribadito anche nelle pronunce più recenti della Corte di Cassazione. Sicché, «colui che abbia affidato al commercialista ovvero ad un consulente fiscale l'incarico di compilare la dichiarazione, non può dirsi, per ciò stesso, esonerato da responsabilità, sia perché la legge tributaria considera come personale il relativo dovere, sia perché una diversa interpretazione, che trasferisca il contenuto dell'obbligo in capo al delegato, finirebbe per modificare l'obbligo originariamente previsto per il delegante in mera attività di controllo sull'adempimento da parte del soggetto delegato»<sup>115</sup>

Questo principio di diritto viene ritenuto applicabile non solo al singolo contribuente, che delega ad un professionista l'adempimento dell'obbligo, ma anche nelle realtà complesse aziendali, in cui è necessario l'affidamento della stessa politica fiscale ad una specifica figura soggettiva o ad un settore funzionale *ad hoc* dell'azienda<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Pe un'approfondita analisi inerente alla delega di funzioni nel diritto tributario si veda E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 105 ss.

<sup>115</sup> Cass., Sez. III, 10 marzo 2020, n. 9417, in *Dejure*, par. 6 del considerato in diritto.

<sup>116</sup> Cass., Sez. III, 9 giugno 2015, n. 4621, in *Dejure*, «In tema di reati tributari, l'affidamento ad un terzo dell'incarico di predisporre la dichiarazione annuale dei redditi, sia esso professionista ovvero un dirigente della impresa assoggettata all'imposizione tributaria, non esonera il soggetto che, per essere il legale rappresentante della società, è tenuto al versamento delle imposte per conto di quella, dalla responsabilità penale per il delitto di omesso versamento, in quanto, trattandosi di reato omissivo proprio la norma tributaria considera come personale ed indelegabile il relativo dovere».

In quel particolare contesto in cui l'incaricato all'adempimento tributario agisce in via distrattiva e il contribuente risulta essere vittima della sua condotta illecita, la giurisprudenza mostra un atteggiamento più cauto per non incorrere in forme "mascherate" di responsabilità di posizione. Spesso il contribuente ignaro della condotta illecita viene assolto, in particolare quando si tratta di illeciti tributari dolosi, per mancanza dell'elemento soggettivo e invece al professionista, che ha agito in modo illecito, viene ascritta la penale responsabilità per avere indotto al reato l'intraneo, ai sensi dell'art. 48 c.p.<sup>117</sup>

In alcune isolate sentenze di merito, ormai risalenti, l'organo giudicante, invece, si era pronunciato con un principio di segno contrario, in cui esortava a vagliare nel caso concreto in materia penal-tributaria «la qualità e l'intrinseca natura dell'obbligo», per poter desumere o meno la sua indelegabilità, «stante la vastità e diversità degli obblighi tributari»<sup>118</sup>, senza optare per aprioristiche affermazioni di principio<sup>119</sup>.

Non si può non rilevare come l'orientamento granitico giurisprudenziale a sfavore della delegabilità dell'obbligo tributario si ponga in modo distonico rispetto a quanto viene affermato dalla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale in materia tributaria dell'amministratore di fatto, in concorso con quella dell'amministratore di diritto (qualora il fatto gli sia rimproverabile soggettivamente). Queste pronunce invocano il principio di effettività anche in materia penale tributaria sulla base di diverse norme, in particolare *ex artt.* 1, comma 4, del D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322 e 11 del d.lgs. 18 dicembre, 1997, n. 472, che permetterebbero l'imputazione penale in capo al soggetto che, pur in assenza di formale qualifica, in concreto, rivesta i corrispondenti poteri giuridici<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Cass., Sez. III, 4 dicembre 2015, n. 48211, in *Dir. e giust.*, 44, 2015, 23; si veda anche Trib. Milano, Sez. I, 11 giugno 2013, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2013, con nota di A. VALSECCHI, *Responsabilità a titolo di concorso dell'ex amministratore per l'omesso versamento dell'iva (art. 10 ter, d.lgs. 74/00)*.

<sup>118</sup> Così in tal senso Gip Teramo, 6 aprile 1990 (dep. 2 maggio 1990), in *Riv. trim. pen. econ.*, 1990, 1212 ss. in cui comunque si specificava che l'obbligo di presentare la dichiarazione dei redditi rimane un obbligo personale perché inerente alla persona fisica del contribuente.

<sup>119</sup> Per le poche sentenze del giudice della legittimità che hanno affermato la teorica possibilità di conferire valide deleghe fiscali, si veda Cass., Sez. III, 28 aprile 2015, n. 50201, in *Dejure* e Cass., Sez. III, 4 aprile 2012, n. 27720, in *Dejure*.

<sup>120</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 17 giugno 2015 (dep. 29 luglio 2015), n. 33397, in *Cass. pen.*, 2016, 2968 ss., con nota di L. GIUDETTI, *La responsabilità omissiva degli amministratori di società nel diritto penale tributario*, Cass., Sez. III, 28 aprile 2011 (dep. 10 giugno 2011), n. 23425, in *Arch. pen.*, 2011, 3, 1 ss. con nota di E. AMATI, M. BELLÌ, *Responsabilità dell'amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*. In dottrina, tra i tanti, si vedano anche M.F. ARTUSI, *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, in *Giur. it.*, 2012,

Si concorda con quella dottrina che in primo luogo ha sottolineato come queste norme, a differenza delle disposizioni presenti in altri settori dell'ordinamento penale, pongono l'equivalenza del soggetto di diritto rispetto al soggetto che "di fatto" riveste quella qualifica in posizione non in modo fungibile ma in via alternativa, ovverossia in mancanza di quello di diritto. Ma soprattutto, il principio di effettività sottende una concezione "funzionalista" del soggetto qualificato del reato proprio, titolare dell'obbligo tributario afferente non tanto alla legittimazione formale della fonte, quanto piuttosto all'effettiva titolarità del potere giuridico relativo alla funzione concretamente rivestita<sup>121</sup>. Concezione che mal si concilia proprio con l'orientamento che prescinde da un'analisi contenutistica dell'obbligo tributario ma ne sancisce *de plano* l'indelegabilità<sup>122</sup>.

In dottrina, invece, le opinioni risultano essere diversificate, in ragione, altresì, delle riforme del sistema penale-tributario. Prima delle più recenti riforme, la dottrina maggioritaria era favorevole alla validità di una delega esclusivamente di tipo esecutivo per determinati adempimenti materiali, quali, per esempio, quelli di documentazione, mentre veniva esclusa la validità di una delega esecutiva per gli obblighi di natura dichiarativa, condividendo l'orientamento giurisprudenziale anzidetto che concepiva gli obblighi tributari come personali ed infungibili<sup>123</sup>.

Si riteneva per gli illeciti tributari di tipo "dichiarativo" la formale sottoscrizione dell'atto riconducibile ad un mero adempimento amministrativo, mentre sul piano penale era rilevante l'obbligo in sé per sé di presentazione della dichiarazione. Pertanto, sintetizzando, negli enti collettivi l'organo deputato a manifestare all'esterno la volontà

---

4 ss.; I. CARACCIOLI, *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 7-8, 2013, 145 ss.

<sup>121</sup> Per tutti, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, *passim*.

<sup>122</sup> Condivisibilmente, E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 110.

<sup>123</sup> G. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed i.v.a.*, Padova, 1979, 146; A. LANZI, G. BERSANI, *I nuovi reati tributari*, Torino, 1995, 132; T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 373; a favore della delega interna al rappresentante fiscale, N. PISANI, *Responsabilità penale del rappresentante fiscale ai fini Iva ed efficacia della delega in materia tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2, 2000, 413-414; E. M. AMBROSETTI, *Il diritto punitivo nella materia tributaria: il rapporto fra illecito penale e amministrativo*, in E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 388; D. FONDAROLI, voce *D. Legisl. 10 marzo 2000, n. 74*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, 1165 ss.; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 256 ss.; a favore di una delega meramente d'esecuzione, S. CANESTRARI, *I soggetti responsabili*, in P. CORSO, L. STORTONI (diretto da), *I reati in materia fiscale*, Torino, 1990, 132 ss.

dell'ente, il legale rappresentante, era, dunque, considerato l'autore della condotta materiale perché al medesimo era riconducibile l'obbligazione tributaria<sup>124</sup>.

Una dottrina minoritaria, invece, sottolineava quanto la delega di funzioni fosse un necessario strumento di divisione del lavoro nelle realtà complesse, soggette ad una politica tributaria difficilmente governabile dal singolo imprenditore persona fisica, considerate anche le competenze specialistiche richieste dall'adempimento fiscale. Questa corrente interpretativa concepiva in ambito tributario una delega con efficacia sul piano dell'elemento soggettivo del reato; sicché, quando il legale rappresentante di un'impresa avesse trasferito al consulente professionista la competenza ad occuparsi degli adempimenti fiscali, l'intraneo sarebbe potuto essere non punibile per il reato commesso dal delegato *extraneus*, perché a lui non rimproverabile, per difetto di colpevolezza.<sup>125</sup>.

### ***2.1. Il tramonto di un dogma? La riconsiderazione dell'indelegabilità dell'obbligo tributario alla luce dell'evoluzione normativa***

Dopo la panoramica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, un breve inquadramento dei soggetti destinatari dei precetti della materia, alla luce delle recenti riforme che ne hanno ridisegnato la fisionomia, da ultimo i decreti legislativi n. 128 e 158 del 2015 e la legge n. 157 del 2019, servirà per comprendere se realmente il principio di indelegabilità degli obblighi tributari possa essere o meno superabile.

In materia penal-tributaria vi sono delle fattispecie incriminatrici comuni, che possono essere commesse da "chiunque" e fattispecie proprie, il cui soggetto attivo è colui che è gravato dall'obbligo tributario e per quanto riguarda le persone giuridiche è colui che è in grado di impegnare la società verso l'esterno. Pur non potendo dedicare un adeguato approfondimento al tema, che esulerebbe dalla presente analisi, si consideri che nel sistema tributario italiano vige il c.d. principio di personalizzazione della sanzione, di cui agli artt. 2 e 11 del d.lgs. n. 472 del 1997, secondo cui l'obbligo tributario e la relativa responsabilità amministrativa derivante dalla sua violazione grava sulle persone fisiche e

---

<sup>124</sup> Per un'analisi dei diversi orientamenti dottrinali E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 111 ss.

<sup>125</sup> C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1988, 138 ss.; in senso critico, invece, sulla presunzione *iuris et de iure* da parte della giurisprudenza di responsabilità in capo al contribuente, L. PISTORELLI, *Breve rassegna della giurisprudenza penale tributaria in materia di delega di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 745 ss.

sulle società residenti nel territorio dello Stato. Tuttavia, sebbene l'obbligo fiscale fosse imputato al contribuente (la persona giuridica), dell'illecito penale doveva rispondere la persona fisica che agiva materialmente. «Questa distorsione personalistica era apparentemente mitigata dall'art. 11 comma 1 del medesimo decreto»<sup>126</sup>. Questa norma, difatti, prevedeva che «nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazione od ente, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti.». Al comma 2 si specificava che «fino a prova contraria, si presume autore della violazione chi ha sottoscritto ovvero compiuto gli atti illegittimi». Tuttavia, alla persona giuridica, concretamente “beneficiaria” della violazione era permesso agire in regresso nei confronti di chi agiva materialmente, che solitamente era l'amministratore, con l'azione di responsabilità ex artt. 2932 e 2486 c.c.<sup>127</sup>.

Un'inversione di rotta<sup>128</sup>, invece, si ha, a norma dell'art. 7, comma 1, del d.l. n. 269/2003 (convertito in l. n. 326/2003) con cui si prevede che «le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica». Cambio di prospettiva che si denota anche dalla lettura di questa disposizione richiamata, in combinato disposto con quanto previsto all'art. 2 lett. 1) della l. n. 80 del 2003, che prevede che la sanzione tributaria debba afferire al soggetto che in concreto abbia tratto vantaggio dall'illecito<sup>129</sup>.

La dottrina già precedentemente all'ultima riforma attuata nel 2019 aveva denunciato condivisibilmente come dall'analisi di questa intricata intelaiatura normativa si comprendeva come il legislatore si rivolgesse verso la persona fisica, legale rappresentante, intendendo per il vero colpire con la sanzione l'ente collettivo. Si consideri, altresì, che la circolare interpretativa del Ministero delle Finanze n. 180 del 10

---

<sup>126</sup> Con questa espressione, V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 242.

<sup>127</sup> Si ricorda che questi riferimenti sono riferibili alla legislazione tributaria anteriormente alla riforma del diritto societario del d.lgs. n. 6 del 2003.

<sup>128</sup> In tal senso A. LANZI, G. ALDROVANDI, *L'illecito tributario*, III ed., Padova, 2005, 33.

<sup>129</sup> In questo senso anche V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, cit., 243.

luglio 1988<sup>130</sup>, permetteva che la prova contraria, di cui all'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 472/1997, per sconfessare la presunzione di attribuzione della sanzione al sottoscrittore dell'atto illegittimo, potesse essere fornita provando proprio una delega di funzioni conferita dal rappresentante legale a favore del consulente per l'adempimento dell'obbligo tributario, purché ottemperi al principio di effettività<sup>131</sup>.

Per queste ragioni si condivide l'opinione della più recente dottrina in favore della derogabilità del principio di indelegabilità dell'obbligazione fiscale; tanto più, alla luce della recente novella legislativa, di cui alla l. n.157/2019<sup>132</sup>, che ha inserito nel catalogo dei reati presupposto taluni illeciti tributari per ascrivere la responsabilità amministrativa all'ente collettivo quando il reato viene commesso nel suo interesse o vantaggio<sup>133</sup>.

A sostegno di questa impostazione si deve tenere in considerazione, altresì, che le fattispecie incriminatrici proprie, come messo in luce in precedenza<sup>134</sup>, non rispondono tutte alla stessa *ratio*, pur condividendo tutte il medesimo assunto di fondo, ossia quello di esprimere una particolare relazione tra «bene e soggetto»<sup>135</sup>. In estrema sintesi, vi sono dei reati in cui il soggetto qualificato deve commettere il fatto di reato “di mano propria” mentre, in altri casi, «la condotta criminosa prende senso da posizioni personali di potere e di dovere radicate nella normativa extrapenale»<sup>136</sup>. In queste fattispecie criminose talvolta la qualifica personale, non diversamente da altri elementi normativi delle fattispecie, non assume una valenza “personale” ma specifica una modalità della condotta, per questo vengono definiti anche reati propri a “a qualifica fattuale”<sup>137</sup>. Vi è,

---

<sup>130</sup> Precisamente «è bene precisare che per poter spostare la responsabilità per la sanzione su di un soggetto diverso da quello indicato nell'art. 11, comma 2, occorre che sia data la prova dell'esistenza di una delega di funzioni che abbia carattere dell'effettività e cioè che attribuisca al delegato un potere decisionale reale insieme ai mezzi necessari per poter svolgere in autonomia la funzione delegata e che, inoltre, la delega risponda ad esigenze reali dell'organizzazione aziendale e venga conferita a soggetto idoneo allo svolgimento delle mansioni».

<sup>131</sup> E. SCARONA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 119 che ha segnalato, precedentemente l'ultima riforma del 2019, come il rischio più sentito in materia penal-tributaria fosse proprio la dissociazione tra il «soggetto tenuto alla dichiarazione veritiera ed effettivo autore del reato, rischio che si prospetta evidentemente assai concreto nell'ambito di contesti organizzativi complessi».

<sup>132</sup> Sull'esigenza di ampliare il catalogo dei reati presupposto, estendendolo alla materia penal-tributaria, tra i tanti P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta*, in *Arch. pen.*, 3, 2016, 11-12.

<sup>133</sup> In tal senso, D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 283-284.

<sup>134</sup> Cfr. *supra* Cap. II, Sez. I, par. 1.

<sup>135</sup> Così A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, 47.

<sup>136</sup> C. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 141.

<sup>137</sup> M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 207.

invece, un'altra categoria di reati propri, i c.d. "reati propri d'obbligo", in cui le qualifiche soggettive sottendono una funzione che non si risolve nella definizione del bene giuridico tutelato ma esprimono una particolare posizione di dovere del titolare, preesistente alla norma penale, in ragione della sua vicinanza agli stessi bene giuridici tutelati<sup>138</sup>. Tuttavia, ancora, si possono distinguere quest'ultimi in "reati d'obbligo a funzione strumentale", ove il dovere si esaurisce nella «funzione strumentale di tutela del bene» dato che la posizione del soggetto qualificato permette più facilmente di proteggerlo o di aggredirlo e in "reati propri d'obbligo a funzione ricognitivo-strumentale" ove, invece, la punibilità non discende tanto da una posizione di strumentalità del dovere violato rispetto al bene giuridico ma dal fatto stesso che il dovere sia di per sé espressione di un bene, pertanto discende, dunque, dal fatto stesso di abusare della posizione conferita dall'ordinamento tramite attribuzione di una specifica qualifica<sup>139</sup>.

Si conviene con quella dottrina che ritiene i reati tributari appartenenti alla prima categoria di reati d'obbligo, quelli in cui il soggetto qualificato ha una posizione di dovere in funzione strumentale, dato che l'interesse del legislatore in questo ambito è quello di garantire l'adempimento dell'obbligo fiscale e che, come nell'ambito della sicurezza sul lavoro, non rileva la correttezza in sé del comportamento del soggetto qualificato, bensì la particolare protezione del bene giuridico<sup>140</sup>.

Ad ulteriore rafforzamento della tesi che qui si condivide, si ricorda come la Corte di Cassazione<sup>141</sup> abbia espressamente esteso recentemente il principio di delegabilità delle funzioni dei garanti, già disciplinato in materia di sicurezza sul lavoro, alla materia del diritto penale ambientale, pena la violazione del principio di ragionevolezza e di non contraddizione, stante la medesima necessità nelle realtà imprenditoriali complesse di suddividere in più centri di imputazione la tutela di questi beni giuridici. Si ritiene che la stessa esigenza si rinvenga nella materia tributaria, dove si ravvisa «quell'allontanamento dalla figura accentratrice dell'imprenditore, come motore onnipotente dell'impresa»<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 209.

<sup>139</sup> M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 323 ss.

<sup>140</sup> E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 124-125. Sempre in senso a favore delle delegabilità degli obblighi tributari V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, cit., 248-249 che distingue però taluni reati tributari in cui viene richiesto un dolo di evasione propria riconducibili alla categoria dei "reati di mano propria" per cui non sarebbe ammissibile una delega di funzioni. Per tal altri, invece, dove viene richiesto il dolo generico, sarebbe ammissibile, tanto più se si considera che per l'imputazione dell'illecito amministrativo la delega viene considerata valida ed efficace.

<sup>141</sup> Cass., Sez. III, 2 luglio 2015, 27862, cit.

<sup>142</sup> Con questa espressione sempre E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 125.



Si può, pertanto, secondo chi scrive, riconoscere anche alla delega in materia tributaria un effetto costitutivo di una posizione di garanzia derivata, senza effetto totalmente liberatorio del delegante, che risulterà poi titolare di una posizione di garanzia dal contenuto mutato. Certamente la delega di funzioni dovrà rispettare i requisiti di forma e di sostanza previsti alla disposizione, di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, applicabili analogicamente<sup>143</sup>.

Una particolare declinazione dell'istituto si avrà, però, nelle fattispecie penali tributarie, che richiedono la presenza dell'elemento soggettivo del dolo specifico, dato che non si potrà rimproverare il delegante per violazione colposa dell'obbligo di sorveglianza sull'attività del delegato. Al rappresentante legale-delegante per potere ascrivere una responsabilità omissiva concorsuale, per mancato impedimento dell'illecito del delegato si dovrà richiedere quantomeno la rappresentazione dell'oggetto del dolo specifico, oltre tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice<sup>144</sup>.

### ***3. La delega di funzioni nella pubblica amministrazione: il datore di lavoro pubblico, l'atto di investitura dirigenziale e la delega di funzioni***

Infine, l'analisi della delega di funzioni non può non estendersi ai profili di interferenza tra il diritto penale e il diritto amministrativo quando il datore di lavoro delegante è un soggetto di diritto pubblico.

Come è noto, nel diritto amministrativo vige il principio di legalità perché l'attività della pubblica amministrazione è un'attività funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico. In particolari contesti il principio di legalità subisce dei temperamenti ma in ogni caso è ben distante dall'autonomia negoziale e organizzativa del datore di lavoro privato, che può decidere di ripartire le funzioni a lui imputabili, tramite un atto di autonomia privata, ovvero sia tramite la delega di funzioni.

Per comprendere se si possa parlare o meno di delega di funzioni anche nell'ambito della sicurezza e salute sul lavoro nella pubblica amministrazione bisogna primariamente

---

<sup>143</sup> Stante l'inserimento degli illeciti tributari nel catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 si potrebbe anche estendere, dunque, la presunzione d'assolvimento dell'obbligo di vigilanza qualora tramite l'efficace attuazione dei modelli organizzativi di gestione e controllo. Così anche similmente V. ROCHIRA, S. NANNI, *La delega di funzioni*, cit., 251.

<sup>144</sup> Sul punto ampiamente E. SCAROINA, *La delega di funzioni in materia tributaria*, cit., 125-126.

coordinare quanto previsto nel testo unico pubblico impiego, 30 maggio 2001, n. 165 e nel d.lgs. n. 81/2008<sup>145</sup>.

Il testo unico del 2008, all'art. 2, comma 1, lett. b)<sup>146</sup>, ha recepito l'orientamento giurisprudenziale<sup>147</sup> consolidatosi durante la vigenza del testo unico antecedente, che individuava il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni tramite l'atto di individuazione del dirigente da parte dell'organo di vertice della pubblica amministrazione ovvero nel funzionario non dirigente quando è preposto ad ufficio avente autonomia gestionale, altrimenti le conseguenze del debito di sicurezza risultano imputabile all'organo di vertice della pubblica amministrazione, ossia all'organo politico<sup>148</sup>. Il legislatore con questa disposizione ha operato una precisa scelta di fondo, dato che ha inteso assimilare sul piano prevenzionistico il datore di lavoro pubblico con quello privato<sup>149</sup>; assimilazione che era già rinvenibile, per via interpretativa, dalla disposizione, di cui all'art. 5, comma 2 d.lgs. n. 165/2001, nella parte dove prevede che nelle pubbliche amministrazioni «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (...).», dato che, tra le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro, vi rientrano anche quelle relative la protezione della salute del lavoratore<sup>150</sup>.

Rilevano, dunque, in ambito pubblicistico, per individuare la figura datoriale, la titolarità dei poteri gestionali a prescindere dalla titolarità di un rapporto di lavoro che, precisando, dopo la c.d. “privatizzazione del pubblico impiego”, si distingue in rapporto di ufficio di diritto pubblico, che permette, per la teoria dell'immedesimazione organica,

---

<sup>145</sup> Diffusamente, G. MARCONI, *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria*, Milano, 2005, 199 ss.

<sup>146</sup> «Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo»

<sup>147</sup> Cass., Sez. III, 20 settembre 2007, in *Guida dir.*, 2007, Dossier 10, 61.; Cass., Sez. IV, 21 ottobre 2005, con nota di M. FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 967 ss.

<sup>148</sup> Si veda I. SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, 23 novembre 2012, 6 ss.

<sup>149</sup> I. SCORDAMAGLIA, *L'individuazione del datore di lavoro pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2013.

<sup>150</sup> In tal senso, G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. nelle pa*, 2012, 1 ss.

l'imputazione degli atti giuridici della persona fisica all'organo della pubblica amministrazione e nel rapporto di servizio sottostante di diritto privato, che disciplina gli aspetti patrimoniali del contratto di lavoro. Proprio sul punto, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito che anche per il datore di lavoro pubblico trovi applicazione l'art. 2087 c.c. e che sussiste, in capo allo stesso, una responsabilità contrattuale, in ordine alla violazione dei suoi doveri di prestazione, tra i quali quelli finalizzati ad assicurare la tutela della salute del lavoratore<sup>151</sup>.

Tuttavia, i poteri gestori del dirigente-datore di lavoro devono raccordarsi con la direzione dell'organo politico, dal quale promanano indirizzi programmatici ed obiettivi<sup>152</sup>.

Tornando al tema oggetto di analisi, pertanto, la previsione normativa contenuta nel t.u. del 2008, attraverso la partizione tra potere di indirizzo politico degli enti pubblici e gestione amministrativa, ha stabilito che nelle pubbliche amministrazioni gli organi di vertice devono procedere all'individuazione dei dirigenti o dei funzionari preposti agli uffici aventi autonomia gestionale; in mancanza o se l'individuazione non risulta conforme ai criteri indicati si ha come conseguenza il permanere in capo all'organo politico-amministrativo di indirizzo e controllo della qualità di datore di lavoro anche ai fini della responsabilità per violazione della normativa antinfortunistica<sup>153</sup>.

Questo onere della pubblica amministrazione che si adempie tramite un atto di individuazione rientrante tra gli atti di alta amministrazione (*rectius* atto di conferimento dell'incarico dirigenziale), è stato distinto a buon conto dalla delega di funzioni del datore di lavoro nei confronti del dirigente, *ex art.* 16 d.lgs. n. 81/2008, perché non istituisce una nuova posizione di garanzia derivata ma designa il datore di lavoro per la sicurezza,

---

<sup>151</sup> Così Ad. Pl., 23 febbraio 2018, n. 1, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>152</sup> Nella vigenza del precedente testo unico n. 626/1994 si vedano le riflessioni di T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 240 che ha messo in luce le dissonanze tra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato, dato che dalla lettera della legge pareva che il dirigente pubblico avesse titolarità di poteri meramente esecutivi. L'autonomia della figura era stata però ribadita in un circolare del Ministero degli Interni (la n. 3 del 17 dicembre 1996), recepita da un orientamento della Corte di Cassazione, che ha meglio definito il ruolo del datore di lavoro. Sul punto si veda in giurisprudenza Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 943 secondo cui il datore di lavoro pubblico si distingue da quello del settore privato «per un potere di gestione del settore o dell'ufficio cui è preposto, al quale si aggiunge il requisito della qualifica dirigenziale (ai sensi dell'art. 3 comma 2 d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), ovvero nello svolgimento di mansioni direttive funzionalmente equivalenti».

<sup>153</sup> I. SCORDAMAGLIA, *L'individuazione del datore di lavoro pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2013.

garante a titolo originario a cui vengono trasferiti tutti i poteri ad esso attribuiti, anche quelli non delegabili<sup>154</sup>.

In mancanza dell'atto di preposizione dirigenziale o se con l'atto di nomina il dirigente non viene, comunque, dotato dei poteri di gestione o di spesa necessari per adempiere al suo ufficio, scatterebbe, dunque, una responsabilità sussidiaria dell'organo politico, che prescinde dai dettami penalistici, perché farebbe riferimento alla responsabilità politico-amministrativa di organizzare propriamente la pubblica amministrazione, come una "colpa di organizzazione" dell'ente pubblico<sup>155</sup>. Parte della dottrina interpreta questa previsione come una conferma del principio di effettività, *ex art. 299 d.lgs. n. 81/2008*, anche in ambito pubblicistico, per il quale, pur in mancanza di una formale investitura è considerato garante il soggetto dotato dei corrispondenti poteri giuridici, che in tal caso sarebbe l'organo di vertice della pubblica amministrazione, unico dotato dei necessari poteri di gestione e di spesa.<sup>156</sup>

La giurisprudenza di legittimità ha mostrato un orientamento ondivago su come si possa interpretare la valenza della responsabilità sussidiaria dell'organo di vertice per violazione della normativa antinfortunistica. In alcune pronunce l'atto di individuazione del solo dirigente è stato ritenuto non necessario ai fini della responsabilità penale dello stesso, perché viene ritenuto "datore di lavoro" a prescindere, essendo dotato dei necessari poteri di gestione e di spesa; mentre l'atto di individuazione è stato considerato essenziale ai fini della responsabilità sussidiaria dell'organo di vertice. In altre, invece, la Corte di Cassazione ha definito l'"individuazione" da parte dell'organo di vertice atto formale, indispensabile anche per conferire la qualità di datore di lavoro sia al dirigente, sia al funzionario preposto negli uffici dotati di autonomia gestionale, perché entrambi devono

---

<sup>154</sup> T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 242 ss.; M. FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2, 967 ss.; per un'ultima sentenza su questa distinzione si veda Cass., Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 9343 in *Guida dir.*, 2021, 14, la cui massima sancisce che «la designazione, nell'ambito della pubblica amministrazione, del datore di lavoro soggiace alle regole dettate dall'articolo 2, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 81 del 2008, che delinea l'individuazione di un'autonoma posizione datoriale, seppure conseguente a un atto espresso di nomina ex articolo 2 citato, in un quadro che rende inapplicabile la disciplina sulla delega di funzioni e sui limiti alla delegabilità di talune di queste funzioni (articoli 16 e 17 del decreto citato)».

<sup>155</sup> In questi termini M. FORMICA, *La condanna di un sindaco*, cit., 974 ss.

<sup>156</sup> I. SCORDAMAGLIA, *L'individuazione del datore di lavoro pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2013, 8.

essere dotati di poteri gestori e di spesa per poter rispondere penalmente dell'eventuale violazione delle norme prevenzionali<sup>157</sup>.

Secondo chi scrive le pronunce, che ritengono necessario l'atto di individuazione da parte dell'organo di vertice sia per il dirigente, sia per il funzionario, risultano essere più aderenti al dettato legislativo, di cui all'art. 2 lett. b) secondo e terzo periodo, d.lgs. n. 81/2008; inoltre, scongiurano l'irragionevole risultato per cui la responsabilità sussidiaria dell'organo di vertice vi sarebbe solo in mancanza o per irregolare individuazione del dirigente, mentre non sussisterebbe in caso di individuazione designata del funzionario, che in concreto risulta, però, essere privo dei necessari poteri di spesa e di gestione<sup>158</sup>.

In sintesi, rispetto alla delega di funzioni l'atto di individuazione dirigenziale è espressione di una predeterminazione legale perché non comporta un trasferimento di competenze sottratte all'organo di vertice, che invece compie solo una scelta di indirizzo, ma sancisce quali sono le attribuzioni "originarie" del datore di lavoro pubblico. Il dirigente non può rifiutare l'incarico e l'organo politico non può riassumere le funzioni

---

<sup>157</sup>Cass., Sez. III, 22 marzo 2012, n. 15206, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 789, in cui è stata ascritta la penale responsabilità al Sindaco quale organo di vertice dell'amministrazione comunale, perché su di lui grava l'individuazione del datore di lavoro nel dirigente o nel funzionario, altrimenti, in caso di omessa o inesatta individuazione, insiste su di lui la posizione di garanzia. Cass., Sez. IV, 21 aprile 2011, n. 22341, in *Guida dir.*, 2011, 37, 81, in cui si specifica che sul Sindaco residuano doveri di sorveglianza e controllo collegati alla sua figura di vertice dell'amministrazione comunale, mentre grava sui dirigenti a titolarità della posizione di garanzia. Nel particolare ambito, invece, della sanità, data la ripartizione delle competenze legislative tra Regioni e Stato e considerata la specifica legislazione in materia, la Suprema Corte ha ritenuto penalmente responsabile un dirigente di un'azienda ospedaliera in virtù della sua posizione di garanzia ex lege prevista, senza che alcun atto di individuazione dell'organo di vertice risulti necessario per dotarlo del potere gestorio e di spesa necessario. Così Cass., Sez. IV, 2 luglio 2010, n. 34804, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2767 ss. Di recente, Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018 (dep. 29 maggio 2018), n. 43829, con nota di M. PEDICINI, *Il soggetto responsabile per gli infortuni sul lavoro nella pubblica amministrazione nel caso di delega di funzioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 3015 ss. in cui si è specificato che «l'attribuzione delle qualità di datore di lavoro a un dirigente o a un funzionario da parte dell'organo di vertice deve essere espressa e accompagnata dal conferimento dei poteri decisionali e di spesa, con la conseguenza che, in mancanza di tale indicazione espressa e del conferimento dei necessari poteri, la qualità di datore di lavoro permane in capo all'organo di direzione politica della singola amministrazione»

<sup>158</sup> In una recente pronuncia, La Corte di Cassazione, a seguito dell'assenza del certificato di prevenzione incendi in una scuola media statale, ha precisato che, anche laddove alcune funzioni fossero state delegate correttamente al personale dirigente, il Sindaco, in base agli artt. 50 e 56 T.U.E.L. rimane titolare di una posizione di garanzia a tutela dell'incolumità pubblica, «in quanto, pur essendo privo di poteri di concreta gestione, deve svolgere un ruolo di vigilanza e controllo sull'operato dei suoi dirigenti, e dispone di mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad impedire eventi dannosi nonché del potere sostitutivo di intervento nelle situazioni contingibili e urgenti». Così Cass., Sez. 28 luglio 2021, n. 29575, in *Olympus*.

dirigenziali, il quale risponde in assenza o quando l'atto di individuazione risulta essere inidoneo<sup>159</sup>.

Una volta individuate le caratteristiche dell'atto di individuazione del datore di lavoro pubblico da parte dell'organo di vertice politico-amministrativo, rispetto a quelle appartenenti alla delega di funzioni, ci si domanda se residua un margine applicativo per il trasferimento negoziale di competenze da parte del datore di lavoro pubblico ad un dirigente delegato<sup>160</sup>.

Per il vero, ormai, la dottrina ammette la delegabilità delle funzioni da parte del dirigente-datore di lavoro pubblico, anche se non si può non riscontrare la sovrapposizione tra quella che potrebbe essere una delega di funzioni in senso penalistico, con quella che effettivamente risulta essere un atto amministrativo di trasferimento delle competenze<sup>161</sup>.

Difatti, pur potendo la pubblica amministrazione agire con moduli negoziali, in tal caso non si tratterebbe di un mero atto *iure privatorum*, bensì di un atto amministrativo con cui vengono trasferiti i relativi poteri pubblicistici, oltre ai poteri di gestione e i poteri di spesa. In altri termini ci si domanda se la delega di funzioni, di cui all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008, non debba rivestire in questo specifico contesto i caratteri del provvedimento amministrativo. A seguito della "privatizzazione" del pubblico impiego, «l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro», rientrando in particolare «nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici», ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 (Testo Unico pubblico impiego).

Le misure relative alla salute e la sicurezza dei lavoratori potrebbero ad una prima analisi attenere proprio alla gestione del rapporto di lavoro, ove il datore di lavoro pubblico agisce solo con atti di diritto privato. Si condivide, tuttavia, quell'impostazione che ha messo in luce la necessità che l'atto di delega rivesta la forma del provvedimento

---

<sup>159</sup> Osservazioni in parte sovrapponibili a quanto già efficacemente messo in luce nella vigenza del testo unico del 1994 da T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 244-245.

<sup>160</sup> Da ultimo sulla distinzione tra delega di funzioni e designazione del datore di lavoro da parte dell'organo politico ovvero di vertice amministrativo (nel caso di specie si trattava di una nomina a dirigente da parte della giunta municipale), Cass., Sez. III, 9 marzo 2021, n. 9343, in *Olympus*.

<sup>161</sup> Cfr. *supra*, "Introduzione", par. 2.

amministrativo, perché contempla, in questo specifico contesto, anche il trasferimento dei relativi poteri pubblicistici che il datore di lavoro possiede per realizzare eventuali interventi strutturali, esorbitanti l'ordinaria gestione delle risorse umane<sup>162</sup>.

Si ritiene, però, che sia astrattamente ammissibile l'atto di delega di funzioni in senso propriamente penalistico (che si manifesta con un atto negoziale di diritto civile) quando la pubblica amministrazione agisce come un privato, in posizione paritetica con il cittadino, dove non residuano margini di espressione del potere autoritativo<sup>163</sup>

Senza contare, come è stato sottolineato in apertura di questo lavoro, che proprio nel testo unico del pubblico impiego si ritrova una delle ipotesi tipizzate dal legislatore di delegazione interorganica di funzione da parte del dirigente generale al dirigente delegato, di cui agli artt. 16, comma 1, lett. d), e 17, comma 1 lett. c) del d.lgs. n. 165/2001. Quest'ultimo è uno strumento pubblicistico a carattere organizzatorio con uno statuto parzialmente coincidente con quello della delega di funzioni penalistica ma che, per altri versi, se ne discosta, dovendo rispondere ad esigenze differenti, prima fra tutte la necessità che l'atto di trasferimento delle funzioni (del potere pubblicistico) venga contemplato dalla legge<sup>164</sup>.

Questo non vuol dire che sia l'atto di delega, sia quello di delegazione non abbiano delle conseguenze in termini di responsabilità penali in capo ai garanti, dal momento che incidono sulla ripartizione dei poteri/doveri giuridici connessi a quella determinata funzione sia essa originaria, sia essa derivata e quindi sulla titolarità di una posizione di garanzia.

La delega (*rectius* delegazione) di funzioni del Sindaco ai singoli assessori offre importanti spunti di riflessione, considerato che, in tal caso, a differenza dell'atto di individuazione, che enuclea le competenze del garante primario-datore di lavoro, si tratterebbe di un trasferimento di funzioni da parte di un garante originario, il Sindaco ad

---

<sup>162</sup> Si condivide quanto osservato da P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nella p.a.*, 2009, 3-4, 592 ss. che ha sottolineato, altresì, come con la delega di funzioni il dirigente trasferisca «ad altri soggetti poteri, risorse e responsabilità attribuitigli dall'organo di vertice mediante l'atto di alta amministrazione consistente nell'individuazione», di questo atto la delega dovrebbe necessariamente condividere la natura amministrativa». In precedenza, similmente, A. TAMPIERI, *L'applicabilità del decreto legislativo n. 626/1994 alle Pubbliche amministrazioni*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, II ed., Milano, 123; L. ZOPPOLI, *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 83.

<sup>163</sup> Ossia quando le competenze trasferite non attengono ad interventi per i quali vi sia la spendita di poteri pubblicistici, quando, cioè, riguardano all'ordinaria gestione dei rapporti umani.

<sup>164</sup> Cfr. *supra* Cap. "Introduzione", par. 2.

un altro soggetto<sup>165</sup>. Tuttavia, si devono sempre tenere in considerazione le differenze dogmatiche che necessariamente intercorrono tra la delega di diritto penale e questo atto amministrativo organizzatorio, disciplinante rapporti di diritto pubblico. Un filone giurisprudenziale ha enucleato degli interessanti criteri direttivi in ordine alla responsabilità penale gravanti sul Sindaco e sui rispettivi assessori delegati in materia di tutela ambientale. A mero scopo esemplificativo, si ricordano alcune pronunce in cui si è negato che «il passaggio di funzioni – strettamente legate alla qualifica personale del sindaco – trasferisca anche la titolarità di detta qualifica tanto da liberare interamente il delegante da responsabilità penale facendo del delegato il nuovo “soggetto attivo” del reato proprio»; difatti, sul delegante garante primario permarrebbe sempre il rischio di inadempimento del delegato e «ne risponde se viene meno, appunto, ai suoi nuovi doveri di controllo»<sup>166</sup>. Ancora, «l’esistenza di un assessore con delega per l’ecologia, l’igiene e i rifiuti urbani non comporta esonero del sindaco da responsabilità per l’attivazione di una discarica non autorizzata di rifiuti solidi urbani, attese le specifiche competenze in materia del sindaco ed in particolare del compito del medesimo di programmare, come capo dell’amministrazione comunale, l’attività di smaltimento dei rifiuti solidi e urbani e del potere di emanare, quale ufficiale di governo, ordinanze contingibili ed urgenti»<sup>167</sup>

Di recente, tornando alla materia prevenzionistica, la Corte di Cassazione ha ritenuto che «la delega di funzioni del sindaco in favore di altri soggetti come il dirigente o il funzionario proposto esoner[i] da responsabilità solo nel caso in cui l'organo elettivo sia inconsapevolmente estraneo alle inadempienze del delegato e non sia stato neppure informato di tali inadempienze, così da escludere un atteggiamento di inerzia e di colpevole tolleranza». Pertanto, «l’assessore delegato dal sindaco rivest[e] una posizione di garanzia in merito alla corretta gestione del patrimonio comunale dovendo egli vigilare sull’attività svolta dalla struttura tecnica dell’assessorato da lui guidato»<sup>168</sup>.

In conclusione, la delega di funzioni all’interno della pubblica amministrazione assume tratti peculiari perché generalmente è funzionalizzata al trasferimento di pubblici poteri e pertanto deve essere specificamente contemplata dalla legge, salvo quando la pubblica amministrazione agisca propriamente come un privato. In ogni caso, anche in

---

<sup>165</sup> In tal senso T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., 246.

<sup>166</sup> Cass., Sez. III, 9 ottobre 1996, n. 9053, in *Cass. pen.*, 1999, 2650.

<sup>167</sup> Cass., Sez. III, 13 gennaio 2000, n. 3878, in *Cass. pen.*, 2002, 2891.

<sup>168</sup> Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2015, n. 48246, in *Dejure*, par. 10.



questo settore, può costituire una valida posizione di garanzia derivata, previo riscontro dei tratti caratterizzanti della stessa, ma non libererebbe il delegante-garante primario dall'obbligo di vigilare l'attività del delegato<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> In una prospettiva parzialmente differente T. VITARELLI, *Profili penalistici della delega di funzioni*, cit., 249.



## CONCLUSIONI

Sommario: 1. Quale “lezione dal passato”? I progetti di riforma del Codice penale. - 2. Una prospettiva futura “specificata”: la delega di funzioni come strumento generale e la privatizzazione della risposta punitiva. Condizioni e limiti. - 3. Una prospettiva futura “generale”: la redistribuzione della responsabilità tra individuo ed ente collettivo.

### ***1. Quale “lezione dal passato”? I progetti di riforma del Codice penale***

La latitudine degli obblighi impeditivi in capo al garante, in particolare nella dinamica delle organizzazioni complesse, è stato un problema affrontato nei diversi progetti di riforma del codice penale avvicendatisi nel tempo, di cui nessuno ha mai visto la luce. Tuttavia, si ritiene che una breve analisi delle proposte più significative rispetto alle tematiche qui affrontate, che hanno tentato non solo di ovviare alle criticità del reato omissivo improprio ma, altresì, di conferire uno statuto penalistico alla delega di funzioni, possa fornire un’utile lente di ingrandimento sulle linee ermeneutiche da percorrere per il futuro.

Il progetto di riforma “Pagliaro” del 1991 prevedeva all’art. 11 dello Schema di disegno di legge-delega la parificazione dell’inerzia all’azione rispetto al solo obbligo di “garanzia”, che si caratterizzava per essere attuale, realmente impeditivo e doveva corrispondere ad una situazione parallela di dovere giuridico, che legittimasse il vincolo di “garante”<sup>1</sup>.

L’obbligo impeditivo veniva contrapposto all’obbligo di sorveglianza, caratterizzato, in negativo, dal difetto di poteri realmente impeditivi e in positivo, dal potere di accertamento dell’eventuale commissione di reati e dell’obbligo di informare il titolare del bene tutelato o il garante.

Si accoglieva con favore la scelta di fondo di questo Progetto di riforma di recepire la dottrina più evoluta sul reato omissivo improprio, che distingue le caratteristiche proprie degli obblighi realmente impeditivi, rispetto agli obblighi facenti capo ai sorveglianti, sprovvisti di poteri di intervento diretto. Nuovamente il reato commissivo mediante omissione si enucleava dal combinato disposto delle fattispecie di parte speciale

---

<sup>1</sup> M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 1993, 13.

con una clausola generale, di cui all'art. 11, evitando, condivisibilmente, la frammentazione normativa e la mancanza di esaustività, che avrebbe comportato la scelta di tipizzare le singole fattispecie<sup>2</sup>.

Soprattutto, tra le proposte si ricorda, la disposizione, di cui all'art. 9, che, disciplinando il soggetto attivo del reato, positivizzava la delega di funzioni; prevedeva, infatti, che «quando la legge penale indica il soggetto attivo mediante una qualifica soggettiva, che implichi la titolarità di un dovere o potere giuridico, essa ha come destinatario il formale titolare della stessa o chi, mediante l'esercizio di fatto di un'attività, è divenuto titolare di tali doveri o poteri giuridici». Al comma 2, si disponeva che «solo il trasferimento lecito ed effettivo delle funzioni liberi l'originario titolare di quest'ultimo».

Ebbene, se il progetto si fosse concretizzato, per la prima volta, il trasferimento di funzioni sarebbe stato inquadrato come istituto suscettibile di un'applicazione generalizzata, disciplinato nella parte generale del codice penale; si optava per un modello di delega totalmente liberatorio, in linea di discontinuità con l'interpretazione attualmente maggioritaria ma da accogliere in parte positivamente, perché avrebbe evitato di prestare fianco a quella giurisprudenza poco incline a riconoscere la totale estraneità dal fatto illecito del delegante, anche a fronte di una valida ed efficace delega di funzioni. Sarebbe stato, invece, più opportuno esplicitare i requisiti per ritenere un trasferimento di funzioni lecito ed effettivo, anche se la prima parte dell'art. 9, che positivizzava il principio di effettività, poteva, quantomeno, fornire delle indicazioni in tal senso, dato che sanciva come requisito ineliminabile del soggetto attivo, in assenza di formale qualifica, la titolarità dei poteri-doveri giuridici correlati al possesso della stessa.

Questa scelta di impostazione si comprende maggiormente alla luce della disposizione, di cui all'art. 114, che prevedeva una fattispecie incriminatrice *ad hoc* di omessa sorveglianza nel libro terzo dedicato ai reati contro la comunità, al titolo VII (dei reati contro l'economia). La contravvenzione puniva colui che «non adempiendo al proprio obbligo giuridico di sorveglianza, ostacola l'impedimento, da parte del garante,

---

<sup>2</sup> In tal senso, si veda per tutti, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, di garanzia e di sorveglianza*, Torino, 1999, 385 condivide, altresì, la scelta di specificare la fonte formale della posizione di garante per ragioni di rispetto del principio costituzionale di legalità (specificato al n. 1 dello Schema (Principi e codificazione) ma non perché aderisce alla concezione formale (superata) della posizione di garanzia, bensì quella mista così come si deduce dalla Relazione allo Schema, ove si specificano le caratteristiche sostanziali del garante. *Contra* M. ROMANO, *Sub art. 40 c.p.*, in *Commentario sistematico*, 1, II ed., Milano, 2011, 375 ss.

di reati commessi nell'attività di impresa»<sup>3</sup>. L'intento, che emerge dalla Relazione introduttiva, era quello di «sdrammatizzare il problema della rilevanza penalistica delle omissioni all'interno delle organizzazioni pluripersonali, nelle ipotesi in cui, nel progredire, pur non essendo un garante in senso stretto, non intervenga in qualche modo o misura, ostacolando o comunque non permettendo, sia pur non intenzionalmente, l'altrui impedimento del reato»<sup>4</sup>.

Sicuramente le direttrici del Progetto "Pagliaro" avevano il pregio di differenziare propriamente l'obbligo di garanzia dall'obbligo di sorveglianza e, avendo sancito un modello di delega di funzioni totalmente liberatorio, al delegante, non essendo un garante (quando la delega è lecita ed efficace), si poteva muovere un rimprovero per omessa sorveglianza, ai sensi dell'art. 114<sup>5</sup>.

Il Progetto di riforma della Commissione "Nordio"<sup>6</sup> nuovamente adottava la distinzione tra doveri di sorveglianza e doveri di intervento, che dovevano trovare necessariamente fonte nella legge; mentre, per quanto riguardava la responsabilità nelle organizzazioni complesse, aveva stabilito esclusivamente alla disposizione, di cui all'art. 12 (Obblighi di impedimento e di intervento nelle organizzazioni complesse) che «l'amministratore, il dirigente o il preposto all'attività di un'organizzazione complessa [sono garanti dei] beni, tutelati penalmente, messi a rischio dall'attività dell'organizzazione o di uno dei suoi appartenenti», «nei soli limiti delle funzioni specificamente esercitate al momento del fatto».

La Commissione "Pisapia"<sup>7</sup>, invece, accoglieva da una parte l'indirizzo formale sulla posizione di garanzia, secondo cui soltanto la legge può istituire doveri di impedimento rilevanti, ma non escludeva il ricorso ad atti normativi di rango inferiore

---

<sup>3</sup> Per il testo del Progetto Pagliaro si veda in *Ind. pen.*, 1992, 583.

<sup>4</sup> Cfr. relazione introduttiva al Progetto di riforma del progetto "Pagliaro" in *Ristretti.it*.

<sup>5</sup> L'introduzione di questa fattispecie è stata accolta positivamente anche da quella parte della dottrina che distingue propriamente gli obblighi di garanzia e gli obblighi di sorveglianza nelle organizzazioni complesse, in particolare per quanto riguarda i riflessi sulla posizione dei sindaci, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 480; così anche I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 389 ss.

<sup>6</sup> Per il testo elaborato dalla Commissione e la Relazione si veda in *Cass. pen.*, 2005, 244 ss.

<sup>7</sup> Per l'articolato dello Schema di disegno di legge e la Relazione si veda in *www.giustizia.it*. Per un commento si veda G. PISAPIA, *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 565 ss.; ID., *Prospettive di riforma del Codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 407 ss.; per una recente analisi di più ampio respiro che percorre, altresì, le linee evolutive dei diversi Progetti di riforma, si veda C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistematico all'evento offensivo*, in *Discrimen*, 21 giugno 2021, 32 ss.

per specificare il contenuto dei singoli obblighi di intervento. Tuttavia, nulla veniva previsto circa le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse.

Spunti di riflessioni si possono trarre, invece, dal Progetto di Riforma “Grosso”, che optava per una scelta diametralmente opposta al precedente, in ottica di selettività delle figure di reato omissivo, abbandonando l’uso di una clausola generale per un modello di tipizzazione delle singole posizioni di garanzia penalmente rilevanti<sup>8</sup>.

Alla disposizione generale, di cui all’art. 16, comma 1, veniva richiesta l’esplicita previsione di legge delle posizioni di garanzia, definita dalla dottrina “riserva di definizione espressa”<sup>9</sup>, in risposta alla rilevata possibile violazione della riserva di legge, essendo l’obbligo di impedimento un elemento costitutivo della fattispecie, non sempre previsto dalla legge<sup>10</sup>. Al comma 2 di questa norma definitoria si specificava che «i doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate». Tuttavia, brevemente, parte della dottrina non accolse favorevolmente questa impostazione poiché questa disposizione se da una parte metteva in luce l’origine extrapenalistica dei doveri connessi al garante, dall’altra emergeva sempre il problema dell’individuazione di cosa potesse essere, invece, un obbligo di attivarsi, rendendo poco funzionale la specificazione della correlazione tra doveri rilevanti e posizione di garanzia<sup>11</sup>.

Per quanto è qui di interesse<sup>12</sup>, il Progetto Grosso aveva previsto agli artt. 22 e 23 una disciplina specifica della responsabilità omissiva nell’ambito delle organizzazioni

---

<sup>8</sup> Per un commento sulle diverse ipotesi di posizioni di garanzia previste nel Progetto “Grosso” si veda, I. LEONCINI, *Le «posizioni di garanzia» nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, 183 ss.; G.F. CIANI, G.F. IADECOLA, G. IZZO, *Osservazioni sulla relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998 e presieduta dal prof. C.F. Grosso*, in *Riv. pen.*, 2000, 113 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l’interprete in attesa del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 871 ss.; D. PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3 ss.

<sup>9</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 483;

<sup>10</sup> Per tutti si veda F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, 69.

<sup>11</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 484-485; sempre in senso critico si veda anche A. PAGLIARO, *Appunti su alcuni istituti chiave del Progetto Grosso*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 649 ss. che, soprattutto metteva in luce come la scelta di tipizzare le singole posizioni di garanzia rilevanti rischiasse di creare gravi vuoti di tutela ai beni giuridici.

<sup>12</sup> Diversamente dai Progetti di riforma riportati nel testo nel Progetto predisposto dal Comitato per la riforma del codice penale istituito dalla Commissione Giustizia del Senato nel 1995 (disegno di legge n. 2038 del 1995, XII Legislatura, cosiddetto Progetto Riz) non v’è alcuna significativa proposta in relazione al reato omissivo improprio, né tantomeno in relazione alle *corporations*. L’art. 35, comma 2, del suddetto Progetto prevede esclusivamente che «quando sussiste un obbligo giuridico attuale di salvaguardia del bene

complesse. Era pregevole la scelta, di cui al comma 1 dell'art. 22, di prevedere un obbligo di dotazione e di attuazione «di modelli organizzativi idonei ad evitare che vengano commessi reati con inosservanza di disposizioni pertinenti all'attività di organizzazione, o comunque nell'interesse dell'organizzazione, da persone agenti per essa», che ricalcava, in parte, *ante litteram* il modello di imputazione della responsabilità dipendente da reato degli enti collettivi, di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Come si può leggere dalla Relazione al Progetto di riforma il criterio direttivo per la determinazione delle posizioni di garanzia nell'organizzazioni complesse era quello della corrispondenza tra poteri e doveri. Si distinguevano tre diversi ambiti funzionali dei garanti, di direzione primaria o di vertice, di direzione di settori dell'organizzazione, di consulenza e controllo. In altri termini, si differenziava il ruolo del garante primario, rispetto a quello dei garanti secondari, in relazione alla funzione effettivamente impegnata nella struttura<sup>13</sup>.

Sicuramente da accogliere nuovamente con favore la scelta di positivizzare lo strumento della delega di funzioni come istituto generale di divisione e moltiplicazione dei centri di responsabilità nell'impresa. La disposizione, di cui all'art. 23, comma 5, mostrava, altresì, di recepire quell'orientamento interpretativo che non condivideva la necessità di questo strumento soltanto nelle realtà di grosse dimensioni, perché l'esigenza di una ripartizione interna delle funzioni, come visto, prescinde da ciò, quanto piuttosto dalla complessità dei compiti. Tuttavia, non specificava adeguatamente il contenuto dei doveri di controllo che sarebbero rimasti in capo al delegante, «in conformità al modello organizzativo adottato».

L'opzione di abbandonare la distinzione, positivizzata nel Progetto Pagliaro, intercorrente tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza rimetteva, altresì, nuovamente all'interprete la selezione degli obblighi realmente impeditivi; tuttavia, si condivide quanto sottolineato da attenta dottrina che riteneva che la linea distintiva potesse essere tracciata "in negativo", dato che dal sistema della riforma si desumeva che l'obbligo di garanzia dovesse essere attribuito al soggetto titolare di compiti e poteri che lo contrassegnavano come garante di un dato bene giuridico protetto dall'ordinamento.

---

tutelato dalla legge, non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». Per il testo del progetto si veda in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 927 ss.

<sup>13</sup> *I lavori della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale istituita con D.M. 1° ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 596-597.

Ne conseguiva che tali non potevano essere i titolari di obblighi di controllo dato che avevano, in un sistema così congeniato, una funzione servente e secondaria di tutela del bene giuridico. Al contempo, però, questo controllo di “secondo livello” scontava un deficit di determinatezza che non permetteva, comunque, una precisa distinzione dall’obbligo di garanzia<sup>14</sup>.

In conclusione, guardando all’eredità lasciata dai Progetti di Riforma del codice penale non si può non mettere in luce “quanto non sia stato fatto” dal legislatore, considerato che la delega di funzioni non è stata inserita nella parte generale del codice penale come strumento generale di definizione delle posizioni di garanzia ed altresì non sono mai stati esplicitati i caratteri propri dell’obbligo di garanzia, da differenziare, così, esplicitamente dai meri obblighi di attivarsi e di sorveglianza.

## ***2. Una prospettiva futura “specificata”: la delega di funzioni come strumento generale e la privatizzazione della risposta punitiva. Condizioni e limiti***

Volgendo, invece, lo sguardo al presente ed al futuro si può ora fornire una risposta ai quesiti posti in apertura di questo lavoro, con cui ci si domandava se l’istituto della delega di funzioni possa prestarsi o meno ad un’applicazione generalizzata e in caso di risposta affermativa, con quali limiti; inoltre, ci si chiedeva se possa o meno la delega di funzioni essere idonea ad assolvere alle esigenze di divisione delle competenze nelle organizzazioni complesse, senza sconfinare in forme larvate di responsabilità oggettive.

Nel nostro lavoro abbiamo delineato la concezione “costituzionalmente orientata” della posizione di garanzia nel reato omissivo improprio, sposata dalla c.d. teoria mista, che contempera la necessità di una fonte formale dell’obbligo di impedimento, con una selezione dei soggetti garanti, in relazione alla loro funzione di salvaguardia del bene giuridico oggetto di tutela. Diretto precipitato di questa impostazione, accolto dalla miglior dottrina<sup>15</sup>, è la distinzione tra gli obblighi di garanzia e gli obblighi di sorveglianza, non sempre definiti con chiarezza, invece, nelle pronunce giurisprudenziali.

---

<sup>14</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 487.

<sup>15</sup> I. LEONCINI, *Obblighi di attivarsi*, cit., 153 ss.; F. MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 338; similmente, per quanto riguarda la rilevanza di questa distinzione nell’organizzazioni complesse, in particolare sui poteri dei sindaci N. PISANI, *Controlli sindacali*, cit., 52 ss.



Solo i primi legittimerebbero un'imputazione per omesso impedimento dell'evento, ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., in capo a soggetti titolari di poteri-giuridici, precostituiti di controllo su altrui attività e di iniziativa in caso di violazione di legge, ma soprattutto anche di impedimento effettivo dell'evento; il sorvegliante potrebbe, invece, esclusivamente informare e sollecitare l'intervento del titolare del bene giuridico tutelato o del garante e quindi di agevolare l'impedimento dell'evento.

In ambito concorsuale questa partizione ha delle precise conseguenze dato che il sorvegliante, che non è titolare di una posizione di garanzia, al più, potrà rispondere ai sensi degli artt. 110 e 115 c.p. per concorso morale nel fatto illecito, per avere agevolato, con una condotta attiva, la commissione del reato da parte del terzo; soltanto il garante potrà essere, invece, chiamato a rispondere per omesso impedimento dell'evento/del reato<sup>16</sup>.

Questa premessa sistematica ci è servita per tracciare le linee di studio entro cui analizzare la delega di funzioni, per comprendere, poi, come la figura di garante "puro" del diritto penale "classico" possa declinarsi - non senza scollamenti dal modello generale - nei contesti di impresa.

La teoria attualmente maggioritaria conferisce un'efficacia sul piano obiettivo della fattispecie al trasferimento di funzioni, ma, al contempo, ritiene che permanga in capo al datore di lavoro delegante una posizione di garanzia dal contenuto mutato, che si estrinseca in un obbligo di vigilanza sull'operato del delegato. In risposta alla possibile deriva verso una "responsabilità di posizione" in capo al garante primario, la dottrina ha specificato che questo obbligo di garanzia in un'organizzazione complessa non possa essere qualificato alla stregua di un dovere continuo di sorveglianza diretta sull'attività del delegato, quanto piuttosto in un dovere di buona organizzazione, che permetta al datore di lavoro di cogliere i c.d. "indici di inosservanza" della violazione di norme, o di percepire i segnali rivelatori di una condotta negligente da parte del delegato nello svolgimento delle funzioni trasferitegli.

Il legislatore con il testo unico sulla sicurezza sul lavoro del 2008 prende atto delle difficoltà di inquadramento e di attuazione dell'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro, soprattutto a fronte della mancanza di un testo normativo, che ne esplicitasse il contenuto. Così, la disposizione, di cui all'art. 16, comma 3, sancisce espressamente che

---

<sup>16</sup> Sul punto si veda ampiamente *supra* Cap. I, Sez. II, par. 3.1.

questo dovere «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.»

In un contesto normativo mutato in cui l'ente collettivo risponde penalmente per il reato commesso nel suo interesse o vantaggio e quindi, altresì, per il reato di omicidio e lesioni personali commesse con la violazione di norme antinfortunistiche, l'obbligo di garanzia, o meglio l'obbligo di «controllo della tenuta del sistema organizzativo»<sup>17</sup> non si attuerebbe personalmente da parte del delegante ma attraverso un organo *ad hoc*, l'Organismo di vigilanza, e la predisposizione ed efficace attuazione del modello organizzativo di gestione e controllo, di cui al d.lgs. n. 231/2001. All'ODV non viene, però, trasferito *tout court* l'obbligo (indelegabile) di vigilanza del datore di lavoro, bensì gli compete una funzione di “meta controllo”, che sfrutta il flusso di informazioni intercorrenti tra tutti i soggetti coinvolti, il delegante, il delegato e gli *auditors* esterni<sup>18</sup>.

Pertanto, con le modalità di vigilanza di cui sopra, “procedimentalizzate” e articolate su più livelli, se efficacemente attuate, si intende che possa essere adempiuto l'obbligo di garanzia in capo al datore di lavoro, che, pertanto, non dovrà rispondere per l'eventuale attività illecita del delegato. La scelta legislativa tenta, senza dubbio, di arginare uno scivolamento della responsabilità penale verso la persona fisica del datore di lavoro, “rimediando”, così, all'incerta configurazione dogmatica dell'obbligo di sorveglianza in capo al delegante, di cui non si può non dubitare della sua effettiva latitudine impeditiva, avendo ad oggetto la tenuta intera del sistema organizzativo e non il controllo su specifici fattori di rischio<sup>19</sup>.

Prima di poter rispondere ad uno dei due interrogativi posti in principio, ovverossia se la delega di funzioni possa essere o meno uno strumento ad efficacia generale, si deve, dunque, “accettare il compromesso”, con cui il nostro legislatore ha disciplinato l'istituto nell'ambito della sicurezza sul lavoro, cioè scegliendo di non tipizzare una fattispecie

---

<sup>17</sup> In tal senso D. PULITANÒ, *Sicurezza sul lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 105.

<sup>18</sup> V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto “correttivo”*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 44 ss; nello stesso senso F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza*, cit., 78.

<sup>19</sup> Si veda N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 833 anteriormente al decreto correttivo del 2009; ID., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione*, cit., 147-148; così anche I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*. Dal punto di vista specifico della materia antinfortunistica, ID., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 113 ss.

incriminatrice di omessa sorveglianza in capo al delegato, bensì prevedendo in capo al delegante un dovere di vigilanza sul delegato, dovere che viene interpretato dalla giurisprudenza costante come un vero e proprio obbligo di garanzia, con tutte le incertezze dogmatiche che ne conseguono.

Con questa premessa, si comprende ancora meglio ciò che è già stato rilevato nel corso del lavoro, ovverossia la progressiva erosione del modello “puro” di garante verso una figura che forse, a dispetto dei principi penalistici, meglio si attaglia all’esigenze delle organizzazioni complesse. La posizione di garanzia in capo al datore di lavoro nello specifico ambito della delega di funzioni, come si è visto, conserva “un residuo indelegabile”, che è il substrato su cui si innesta il dovere sorveglianza sulla tenuta del sistema organizzativo. L’obbligo impeditivo in capo al delegante sull’attività del delegato, dunque, è “procedimentalizzato” e si attiva per mezzo di un flusso di informazioni intercorrente tra diversi soggetti (l’ODV, il delegato e gli *auditors* esterni). Non si può non rilevare, pertanto, il differente statuto penale dell’obbligo di garanzia del datore di lavoro, di cui all’art. 16 d.lgs. n. 81/2008, rispetto a quello, per esempio, in capo alla madre nei confronti del figlio, dove il rapporto tra il bene giuridico oggetto di tutela e i suoi poteri/doveri giuridici è “immediato” e non “mediato” dalla sovrastruttura entro cui si manifesta<sup>20</sup>.

Noi riteniamo che la delega di funzioni possa essere (ancora) un valido e necessario strumento di ripartizione delle sfere delle competenze e della responsabilità penale nelle realtà complesse, dove l’influenza privata sulle scelte organizzative ha una ricaduta sull’applicazione della legge penale e pertanto in un certo qual modo “partecipa” indirettamente alla scelta punitiva, accanto al soggetto pubblico<sup>21</sup>. Per non incorrere, però, in una “proliferazione di garanti” la divisione dei compiti in mano al privato deve essere regolamentata. L’attuale e unica positivizzazione dei requisiti di validità e di efficacia della delega di funzioni in materia di sicurezza e salute sul lavoro, come osservato, non è di certo esente da criticità, soprattutto perché riflette la pulsante necessità di una risposta penale all’illecito, a dispetto dei canoni probatori ordinari, dato che molti dei presupposti,

---

<sup>20</sup> Argomentazioni che valgono ancora con più forza se si pensa a tutti i doveri di “informazione”, di “segnalazione” di situazione rischiose a carico di soggetti variamente coinvolti nel processo produttivo, tra cui sicuramente quelli a carico, per esempio, del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

<sup>21</sup> Per un’analisi delle forme di “privatizzazione” del “penale” si veda il contributo di V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, Bologna, 2013, *passim*.

di cui all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008 «altro non sono, in definitiva, se non i contenuti di un “onere della prova che viene ascrivito all'imputato perché dimostri che il suo “esonero” non abbia nulla di “artificioso”»<sup>22</sup>.

La delega di funzioni, secondo noi, per esigenza di certezza, dovrebbe essere disciplinata nella legislazione speciale di ciascun settore più esposto ai rischi della *post* moderna società tecnocratica. Da questa considerazione si deduce che non riteniamo che l'art. 16, nonostante non abbia una clausola che ne limiti la portata “ai soli effetti della materia della salute e della sicurezza del lavoro”, possa avere una portata generale perché per alcuni indici testuali interni della norma, quali il riferimento espresso al datore di lavoro delegante o per la sub delega la menzione esplicita di «specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza», depongono per la settorialità di talune soluzioni<sup>23</sup>.

Questo non vuol dire che la strada della tipizzazione del trasferimento della posizione di garanzia nella parte generale del codice non possa essere sempre una valida e strada percorribile, formulata, come visto, in passato nei progetti di riforma del codice penale, considerato che la regola fissata dall'art. 16 è sicuramente “pre-penalistica”, nata nell'alveo del diritto civile, quanto piuttosto, forse, non più sufficiente.

Stante lo scopo precipuo di divisione delle funzioni nelle realtà complesse prevedere che in capo al garante delegante permanga non un obbligo di controllo costante, bensì un obbligo di alta vigilanza, che si intende assolto tramite l'adozione ed efficace attuazione del sistema di verifica e di controllo, di cui all'art. 30, comma 4 del d.lgs. n. 81/2008, sposta propriamente l'analisi nel terreno della responsabilità dell'ente<sup>24</sup>. L'impostazione di fondo, di cui al comma 3 dell'art. 16, è da accogliere con favore perché, almeno in astratto, si vuole porre come “antidoto” all'«effetto frenante» sulle scelte del privato, aggravato da quella giurisprudenza poco incline a riconoscere un'efficacia esonerante alla delega<sup>25</sup>. L'elemento soggettivo della responsabilità dell'ente collettivo

---

<sup>22</sup> Così A. FIORELLA, *Pubblico e privato nell'esperienza “penale”*, in *Riv. it. sc. giur.*, 7, 2016, 302.

<sup>23</sup> A. FIORELLA, *Pubblico e privato*, cit., 303.

<sup>24</sup> Per tutti gli ambiti (ancora) esclusi dal d.lgs. n. 231/2001 si condivido qui le suggestioni di più ampio respiro di G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2020, 13 ss. L'Autore suggerisce una “rivisitazione” di come viene concepita l'efficacia “tipizzatrice” dei “poteri giuridici impeditivi” delle posizioni di garanzia, talvolta trascurando «la connessione del soggetto con il tipo e le modalità strumentali con cui il suddetto potere può (e deve) venire esercitato dal garante»; nell'ambito della sicurezza sul lavoro, per esempio, in determinate circostanze, avranno una reale efficacia impeditiva più i poteri in capo al RSPP, ovvero al preposto (anche se appartengono a quella cerchia di poteri “di segnalazione”), piuttosto che quelli in capo al datore di lavoro concepiti come dovere di “alta vigilanza”.

<sup>25</sup> A. FIORELLA, *Pubblico e privato*, cit., 305.

quando il reato è commesso nel suo interesse o vantaggio è la “colpa di organizzazione”, e dunque, anche un corretto sistema di deleghe è parte integrante di una virtuosa organizzazione “preventiva”. È proprio, però, la colpevolezza dell’ente il “punto di forza” ma anche il “punto debole” della prospettiva futura, che qui si condivide, che vede nell’autonormazione privata un fondamentale apporto alle sfide della complessità contemporanea, per rendere più efficace la risposta sanzionatoria dello Stato. “Punto di forza” perché si ritiene che rafforzare l’adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione, in generale, fornisca la giusta risposta preventiva all’illecito dell’ente collettivo e nello specifico ambito della delega di funzioni permetterebbe al delegante di assolvere al suo dovere di controllo sull’attività del delegato, di non facile attuazione.

“Punto debole” perché nella prassi, come attenta dottrina ha rilevato, i parametri e le linee guida entro cui si devono strutturare i modelli organizzativi e di gestione sono ancora troppo indeterminati e non in linea con le specificità dei diversi tipi di reato presupposto<sup>26</sup>; questo accade, in particolare, nelle piccole medie imprese, tipiche della realtà italiana, dove l’adozione dei MOG non viene percepita come conveniente, alla luce dell’incertezza circa la loro idoneità esonerante in sede giudiziaria<sup>27</sup>.

### ***3. Una prospettiva futura “generale”: la redistribuzione della responsabilità tra individuo ed ente collettivo***

Cercando di dare risposta al secondo quesito che ci siamo posti, la dialettica tra responsabilità del delegante e responsabilità del delegato deve essere, allora, osservata nel contesto “disorganizzato” di impresa, quando, cioè, la delega di funzioni può comportare quella “ricaduta verso il basso” di responsabilità penale a carico della persona

---

<sup>26</sup> In tal senso G. GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente* in *Leg. pen.*, 11 gennaio 2016., 1 ss. che ha efficacemente definito «pagina vuota» la previsione di esonero da responsabilità a seguito dell’adozione ed efficace attuazione di un modello di organizzazione e di gestione; si veda anche G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1269; sul sistema di certificazione e sulle prospettive di riforma, di recente si veda F. SARDELLA, *La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Giur. pen. (web)*, 2021, 1 bis, 1 ss.

<sup>27</sup> Si veda C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Società, Gli Speciali, D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, 46 ss. Similmente già in precedenza T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2009, 711-712.

fisica. Ricaduta che evidenzia l'ineliminabile limite della struttura dei poteri impedivi in capo al garante che, come evidenziato sopra, finiscono per ricomprendere obblighi di natura sollecitatoria ma non di impedimento effettivo, per supplire a possibili vuoti di tutela<sup>28</sup>. Pertanto, se non si vuole abbandonare il concetto di posizione di garanzia (che sconta un ontologico problema definitorio, oltre alle criticità specifiche della posizione di garanzia derivata), bisogna comprendere se si possa delineare una prospettiva futura in un contesto "patologico" di impresa.

Quando l'organo dirigente dell'ente collettivo, invece, ha adottato ed efficacemente attuato il modello di organizzazione e gestione, di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 e all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 l'ente collettivo potrà non rispondere dei reati<sup>29</sup>, di cui all'art. 25 *septies* ed anche il datore di lavoro che abbia delegato alcune funzioni andrà esente da responsabilità penale.<sup>30</sup> La questione è differente quando a causa di un'organizzazione non del tutto "trasparente" dell'impresa rimanga difficile individuare gli effettivi soggetti responsabili del reato, ossia in tutti quei contesti in cui l'ente collettivo, dunque, non abbia adottato ed efficacemente attuato i modelli di organizzazione e gestione<sup>31</sup>.

Si ritiene che "i tempi siano maturi" per poter considerare come utile strumento di avanguardia politico-criminale la disposizione, di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001<sup>32</sup>, che prevede la responsabilità dell'ente in via autonoma rispetto all'autore del reato

---

<sup>28</sup> È suggestiva l'espressione di F. GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608, che denomina questi come "poteri deboli", «il cui esercizio può produrre solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato»; espressione ripresa anche di recente C. IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., 32 ss.

<sup>29</sup> Se riesce anche a dimostrare che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione e che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da part dell'organismo anzidetto.

<sup>30</sup> Parte della dottrina sostiene, altresì, che, quando l'organo dirigente non abbia predisposto ed attuato un idoneo modello organizzativo ma ha attuato un adeguato ed efficace sistema di controllo, l'ente risponderà del reato commesso nel suo interesse o vantaggio, mentre il datore di lavoro delegante potrà essere ritenuto esente da responsabilità perché avrà assolto al suo obbligo di vigilanza, di cui all'art. 16, comma 3. Così S. TORDINI CAGLI, *La delega di funzioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI (a cura di), *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 107.

<sup>31</sup> Si colgono le acute suggestioni già da tempo sollevate, anche in contesti differenti da F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 444 ss.

<sup>32</sup> Numerose incertezze dogmatiche hanno caratterizzato il primo approccio della dottrina, tra queste sicuramente si ricorda la questione inerente a quale criterio di imputazione soggettivo si dovesse fare riferimento nell'applicazione dell'art. 8 e al possibile abbassamento delle garanzie difensive dell'ente, paventata la difficile dimostrazione dell'elusione fraudolenta degli eventuali modelli organizzativi. Così in tal senso A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 54; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 140.

presupposto, dovendo rispondere, altresì, quando lo stesso risulti essere non identificato o non imputabile<sup>33</sup>.

Notevoli incertezze applicative sulla c.d. responsabilità autonoma dell'ente collettivo celano sullo sfondo differenti impostazioni dogmatiche sullo statuto giuridico di un simile istituto<sup>34</sup>; sul punto non si può sufficientemente approfondire in questa sede perché la tematica esula dalla presente analisi, ma basti qui ricordare che per una corrente interpretativa per potere ascrivere il reato all'ente collettivo commesso nel suo interesse o vantaggio, nonostante l'autore non sia individuato, si deve avere certezza all'interno di quale categoria di soggetti appartenga la persona fisica autore dell'illecito, se agli apici, se ai subordinati, perché solo in tal modo si può individuare il criterio di imputazione soggettiva applicabile e il relativo regime probatorio<sup>35</sup>.

Invece, secondo un'altra impostazione, che qui si condivide, la disposizione, di cui all'art. 8, introdurrebbe un ulteriore modello di imputazione della responsabilità nel "Sistema 231", alternativo a quelli previsti alle disposizioni, di cui all'art. 6 e 7 anche qualora non sia identificabile la posizione ricoperta dalla persona fisica, perché l'ente risponderebbe sulla base della sola "colpa di organizzazione"<sup>36</sup>.

Si potrebbero prospettare due distinti scenari, un primo scenario in cui la mancata identificazione della persona fisica è il risultato di una certa opacità dell'ente, perché a causa della sua disorganizzazione interna è difficile la sua identificazione e pertanto l'ente

---

<sup>33</sup> G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 208; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, *passim*; si veda anche G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 1249 ss.; R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta .... o forse mai esistita*, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016; M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 D.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e 'nuove forme' di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017.

<sup>34</sup> La dimensione "ultraindividuale" della responsabilità penale è stata efficacemente definita da Francesco Palazzo nella sua conversazione con Francesco Viganò in F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 115 ss. «una vera e propria scoperta per un'intera generazione di penalisti».

<sup>35</sup> Si segnala che la Corte di Cassazione si è assestata su una posizione differente, concependo il principio di autonomia della responsabilità, ex art. 8, in modo temperato, dato che rietine che debba essere sempre possibile individuare entro quale categoria (apicali o subordinati) appartenga l'autore dell'illecito. Così Cass., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>36</sup> V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 311 ss. F. CONSULICH, *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018; ID., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2018, 4, 197 ss. A simili conclusioni M. A. BARTOLUCCI, *L'art. 8*, cit., 15 ss.; similmente V. VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, in *Discrimen*, 7 aprile 2020, 5 ss. L. DE MARTINO, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, in *Discrimen*, 30 marzo 2020, 4 ss. *Contra* in precedenza A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 223, secondo cui l'art. 8 si limiterebbe ad affermare in astratto l'inderogabilità della responsabilità dell'ente rispetto a vicende punitive del singolo, ma «non è idoneo a fondare un terzo paradigma di imputazione».

collettivo risponderebbe per “colpa di organizzazione” alla stregua di una posizione di garanzia per non avere impedito il reato, rievocando il paradigma imputativo proprio degli “apici”; ma si può anche prospettare una diversa ipotesi in cui, nonostante l’organizzazione trasparente dell’ente la persona fisica risulti, comunque, non identificabile e allora, secondo parte della dottrina, si dovrà “controbilanciare” la colpevolezza dell’ente che risulta per certi versi “svuotata”, richiedendo la presenza di un elemento soggettivo dotato di una particolare riprovevolezza<sup>37</sup>. Si tenga, altresì, conto che la disposizione, di cui all’art. 8, non solo prevede l’autonomia della responsabilità dell’ente collettivo in caso di mancata identificazione della persona fisica ma anche quando la persona fisica è identificata ma non è rimproverabile e tale eventualità certamente non è indizio di una disorganizzazione dell’ente; in questa ipotesi si ritiene che sia consentito, comunque, applicare i criteri di imputazione, di cui agli artt. 6 e 7 del decreto<sup>38</sup>.

Le criticità della delega di funzioni sembrano, invece, attenersi, secondo chi scrive, al primo dei due scenari, quando per l’inidonea organizzazione dell’ente il reato venga agevolato, ma, al contempo, sia difficile identificarne i responsabili. In altri termini, si ritiene che la responsabilità autonoma dell’ente possa essere un duttile strumento contro la possibile “degenerazione” della delega di funzioni, teorizzato come strumento di divisione del lavoro nelle organizzazioni complesse ma che nei contesti di impresa permeati da una certa “opacità” nelle linee organizzative, invece, possa causare una “ricaduta” verso i vertici dell’impresa<sup>39</sup>. Si pensi in tutti quei casi in cui l’atto negoziale

---

<sup>37</sup> In tal senso M. A. BARTOLUCCI, *L’art. 8*, cit., 18. Uno dei campi di elezione, che potrebbero appartenere a questo primo scenario, dove non emerge un problema di organizzazione ma solo di individuazione della persona fisica responsabile e quello dei c.d. *toxic cases*, per esposizione a sostanze tossiche ove, nonostante la presenza di decessi dovuti alle malattie professionali, l’esclusione di decorsi causali organizzativi, la rintracciabilità dei garanti succedutesi nella medesima posizione di garanzia, possa essere comunque difficoltoso individuare gli specifici colpevoli. In senso favorevole all’utilizzo dell’art. 8 in questi contesti G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 359; si veda anche M. BELLACOSA, *sub art. 8* in M. LEVIS, A. PERINI (a cura di) *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2014, 219, 224; C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell’illecito colposo*, Milano, 2020, 197 ss.

<sup>38</sup> F. CONSULICH, *Il principio di autonomia*, cit., 212.

<sup>39</sup> Le difficoltà ricostruttive dell’istituto, di cui all’art. 8 sullo sfondo celano una diversa configurazione dogmatica dell’illecito dell’ente collettivo. I fautori della c.d. teoria concorsuale propendono per un illecito unitario ascritto all’ente collettivo, sotto forma di contributo agevolatore a causa del contesto di impresa disorganizzato e alla persona fisica, autrice materiale. C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1521 ss.; ID., *Dieci anni di «corporate liability» nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della giurisprudenza e della prassi*, in *Le società*, 2011, *Gli speciali*, 5 ss.; F. CONSULICH, *Il principio di autonomia*, cit., 202 ss. Sul modello del concorso



di trasferimento possa risultare invalido o non sufficientemente provato, da non risultare con sufficiente chiarezza l'ambito delle rispettive competenze; oppure quando l'illecito può essere il risultato di una serie di concause determinate da scelte operate da chi è posto "a ridosso" delle cause del rischio, che rendono difficilmente intelligibile l'illecito per il delegante. Ancora, quando la regola cautelare violata è frutto di plurime condotte colpose nel tempo di difficile demarcazione delle rispettive sfere di responsabilità individuali<sup>40</sup>.

Ebbene, in tutte queste ipotesi ci si domanda perché continuare a punire l'individuo, considerato che il rimprovero dell'ente collettivo è sì imprescindibilmente legato ad una violazione della persona fisica ma il fatto stesso che quest'ultima non risulti essere identificabile è spia della colpevolezza autonoma dell'ente stesso<sup>41</sup>.

Questa linea ermeneutica, per il vero, secondo noi, segnerebbe una via percorribile in futuro per correggere tutte quelle criticità, evidenziate nel corso di questo lavoro, in relazione non solo al problema *specifico* della delega di funzioni, bensì al più *generale* problema di imputazione dei reati colposi commessi all'interno di un'organizzazione complessa, in ragione della spersonalizzazione delle responsabilità individuali<sup>42</sup>.

La delega di funzioni, in conclusione, riteniamo che possa essere uno strumento a valenza generale di divisione dei poteri tra garanti, a seconda della tipologia di rischio

---

dell'ente mediante agevolazione colposa del fatto reato individuale, anche G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, *passim*. I fautori della teoria c.d. autonoma concepiscono due autonomi sistemi di responsabilità della persona fisica, rispetto a quella dell'ente. Quest'ultima si caratterizzerebbe per un deficit di organizzazione rispetto al quale il reato sarebbe il presupposto. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 345; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, 64.

<sup>40</sup> Si colgono delle suggestioni in tal senso da T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 57; in una prospettiva di più ampio respiro, F. CONSULICH, *Il principio di autonomia*, cit., 202.

<sup>41</sup> Secondo un'impostazione questa impossibilità di provare "oltre ogni ragionevole dubbio" la commissione di un illecito da parte della persona fisica andrebbe ricercata nella c.d. misura soggettiva della colpa della persona fisica. L'autonomia della responsabilità dell'ente si deve concepire, sia quando la disorganizzazione interna dell'ente non permette che possa essere esigibile un comportamento conforme alle norme da parte del singolo, sia quando le condotte della persona fisica, a dispetto del disvalore dell'evento (morte o lesioni colpose), siano reiterate nel tempo, magari imputabili a più centri di responsabilità (il delegante e il delegato anche) ma tutte siano di lieve entità, per cui sarebbe ingiustificato un "bisogno di pena" individuale. Così V. MONGILLO, *La responsabilità penale*, cit., 458 ss.

<sup>42</sup> Da tempo in dottrina si rileva come, in relazione ai reati di natura colposa, sia più probabile l'applicazione dell'art. 8 in conseguenza della spersonalizzazione della responsabilità individuale nelle organizzazioni complesse, C. E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 27; O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 559; M. PELISSERO, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Stile*, Napoli, 2013, 1218.

che viene in rilievo; al contempo, però, in un'ottica di redistribuzione delle responsabilità tra individuo ed ente, quando l'autore del reato non risulti identificabile auspichiamo che si “coordini” con un nuovo paradigma di illecito punitivo collettivo.

## BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N., GIUNTA F., *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lg. n. 231/2001*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 3, 599 ss.

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.

ALDROVANDI P., *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 699 ss.

ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999.

ALDROVANDI P., *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche* in *Ig. sic. lav.*, 2007, 10, 571 ss.

ALEO S., *Causalità, complessità e funzione: per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.

ALESSANDRI A., *Il primo comma dell'art. 27 Cost.*, in M. BRACA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 141 ss.

ALESSANDRI A., voce "*Impresa (responsabilità penali)*", in *Dig. scien. pen.*, VI, Torino, 1992, 193 ss.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 33 ss.

ALESSANDRI A., *Parte generale*, in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, ed. ridotta, Bologna, 2003, 79 ss.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

AMARELLI G., *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 5 luglio 2011.

AMARELLI G., *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2013.

AMATI E., *La responsabilità degli enti alla luce del T.U. in materia di salute e sicurezza del lavoro*, in *Crit. dir.*, 2007, 143 ss.

AMATI E., BELLI M., *Responsabilità dell'amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*, in *Arch. pen.*, 2012, 421 ss.

AMATO A., *Il responsabile e gli addetti del servizio di prevenzione e protezione* in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo d.lgs. n 106/2009*, Milano, 2009, 351 ss.

AMATO G., *Le novità normative in tema di «delega di funzioni»*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss.

AMATO G., *L'omissione fra scattare un concorso di colpa con il datore titolare della posizione di garanzia*, in *Guida dir.*, 2011, 10, 58 ss.

AMATO G., *Osservazioni sulla rilevanza del vantaggio per l'ente e sulla "qualificazione" di tale vantaggio nella responsabilità amministrativa da reato colposo*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, 186 ss.

AMATO G., *Il modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudenziale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2015, 2, 55 ss.

AMATO G., *La responsabilità dell'ente datore di lavoro*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R GUERRINI, A., MELCHIONDA CASAROLI (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 179 ss.

AMBROSETTI E. M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova, 1992.

AMBROSETTI E. M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016.

AMENDOLA G., *La tutela penale dell'inquinamento idrico*, Milano, 1996, 29 ss.

AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 320 ss.

ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.* 1936, 121 ss.

ANTOLISEI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1963.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975.

ARTUSI M.F., *Sulla correttezza dell'amministratore formalmente investito della funzione con l'amministratore di fatto*, in *Giur. it.*, 2012, 904 ss.

ASTROLOGO A., *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Ind. pen.*, 2003, 649 ss.

ASTROLOGO A., *I reati presupposto*, in L. D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, II ed., Milano, 2016, 929 ss.

AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953.

BACCHINI F., *Misure di tutela ed obblighi*, in *Ig. sic. lav.*, 2008, 255 ss.

BARTOLI R., *Il problema della causalità penale: dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

BARTOLI R., *Alla ricerca di una coerenza perduta .... o forse mai esistita*, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016.

BARTOLUCCI M. A., *L'art. 8 D.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e 'nuove forme' di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017.

BARTOLOMUCCI S., *La metamorfosi normativa del modello penal preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. T.U. sicurezza*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 157 ss.

BASENGHI F., *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626*, II ed., Milano, 1996, 90 ss.

BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

BELFIORE E.R., *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in M. BERTOLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1743 ss.

BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, 224.

BELLACOSA M., *sub art. 8* in M. LEVIS, A. PERINI (a cura di) *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2014, 216 ss.

BELLAGAMBA F., *Adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, t.u. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A., MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 65 ss.

BERNASCONI C., *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2010, 59 ss.

BERNASCONI C., *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 15 ss.

BERNASCONI C., *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, II ed., 2018, 93 ss.

BERTOLINO C., *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di «abbandono» dell'istituto* in *Il Mulino* (web), 4, agosto 2019.

BETTIOL G., *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. It.*, 1930, 672 ss.

BETTIOL G., *Sul reato proprio*, Milano, 1939.

BETTIOL G., *Concetto giuridico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, in *Riv. it.*, 1967, IV, 4 ss.

BETTIOL G., *Diritto penale*, VII ed., Padova, 1969.

BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd 2, 2 Aufl. 1914, 516 ss.

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss.

BLAIOTTA R., *I profili penali della relazione terapeutica*, in *Cass. pen.*, 2005, 3599 ss.

BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

BLAIOTTA R., *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1265 ss.

BLAIOTTA R., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020.

BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in M. RONCO, *Il reato* (diretto da), II ed., Bologna, 2011, 298 ss.

BORGHI M., *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2016, 1 ss.

BORSATTI E., *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75 ss.

BOTTIGLIONI G., *Delega di funzioni e soggetti esterni all'impresa*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente Salute e Sicurezza: per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 286 ss.

BRUSCO C., *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. del 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. di merito*, 2008, 2767 ss.

BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.

C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 167 ss.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.

CANESTRARI S., *I soggetti responsabili. La delega di funzioni e la responsabilità a titolo di concorso di persone nei reati tributari*, in P. CORSO, L. STORTONI (coordinato da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. I reati in materia fiscale*, Torino, 1990, *I reati in materia fiscale*, Torino, 1990, 119 ss.

CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 73 ss.

CAPELLINI A., *La responsabilità dell'ente per omicidio e lesioni colpose in materia di sicurezza sul lavoro*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, tomo II, II ed., Milano, 2019, 3449 ss.

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.

CARACCIOLI I., voce *Omissione (dir. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 896 ss.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005.

CARACCIOLI I., *Sul problema della responsabilità degli "amministratori di fatto" nei reati tributari*, in *Riv. dir. trib.*, 7-8, 2013, 145 ss.

CARDIA M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. n. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2, 2008, 127 ss.

CAROSSO L., *La delega nel diritto civile*, Torino, 1980-1983.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, XXII ed., Milano, 2020.

CASTRONUOVO D., *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in F. BASENGHI, L. E. GOLZIO, A. ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2008, 159 ss.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CASTRONUOVO D., *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 185 ss.

CASTRONUOVO D., *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 203 ss.

CAVALIERI R., *La delega di funzioni nella materia antinfortunistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 41 ss.

CENTONZE F., *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penale e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 369 ss.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289 ss.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021.

CIANI G.F., IADECOLA G.F., IZZO G., *Osservazioni sulla relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998 e presieduta dal prof. C.F. Grosso*, in *Riv. pen.*, 2000, 113 ss.

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90 ss.

COGNETTA G., *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 63 ss.

CONSULICH F., *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'Organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 425 ss.

CONSULICH F., *Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'unione e pena nazionale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2018, 1 ss.

CONSULICH F., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2018, 197 ss.

CONTI L., *I reati fallimentari*, Torino, 1955.



CONTRAFFATTO V., *I soggetti coinvolti a titolo professionale*, in M. PERSIANI, M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza del lavoro*, Torino, 2012, 195 ss.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino.

CRESPI A., *Omessa applicazione di trattamento sanitario e responsabilità per l'evento dannoso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 793 ss.

CRESPI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali: curiosità e stravaganze dell'accertamento giudiziale*, in *Riv. società*, 1979, 599 ss.

CULOTTA A., *Relazione*, in A. CESSARI, A. LANZI, T. PADOVANI (a cura di), *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende. Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, Milano, 1982, 26 ss.

CULOTTA A., *Datore di lavoro, dirigenti e preposti: obblighi prevenzionali e poteri di delega*, in *Dossier ambiente*, 1994, 107 ss.

CULOTTA A., *Obblighi prevenzionali del datore di lavoro e facoltà di delega a dirigenti e preposti nel quadro della nuova normativa di derivazione comunitaria*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 253 ss.

CURI F., *La colpa di organizzazione e impresa: tertium non datur*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 127 ss.

CURI F., *L'imprenditore persona giuridica: il "sistema 231" nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI V., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, 2019, 139 ss.

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, 1125 ss.

D'ALESSANDRO F., *Sub art. 40 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2015, 496 ss.

D'ALESSIO G., *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. nelle pa*, 2012, 1 ss.

D'ALTILIA L., *Il rischio penale nei rapporti di lavoro. Tecniche e modelli di tutela*, Milano, 2015.

D'ANGELO N., *Infortuni sul lavoro: responsabilità penali e nuovo testo unico*, Rimini, 2008.

D'ANGELO N., *Infortuni sul lavoro e responsabilità penale*, Bologna, 2009.

D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 77 ss.

D'ARCANGELO F., *I criteri di imputazione sul piano oggettivo*, in A. BASSI, F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, 109 ss.

DE FRANCESCO G., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275 ss.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione.*, Torino, 2018.

DE FRANCESCO G., *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio, 2020, 1 ss.

DE LIA A., *La responsabilità da reato dell'ente*, in A. MANNA, A. DE LIA, *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 1 ss.

DE LIA A., *La responsabilità per gli infortuni sul lavoro*, in A. MANNA, A. DE LIA, *Dieci nodi gordiani del diritto penale dell'economia*, Milano, 2021, 39 ss.

DE MARTINO L., *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, in *Discrimen*, 30 marzo 2020, 1 ss.

DE NUNZIO W., *Il datore di lavoro nel d.lgs. n. 626/1994*, in *Riv. pen. econ.*, 1995, 249 ss.

DE SANTIS G., *Profili penalistici del regime normativo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro introdotto dal d.lgs. n. 81/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1660 ss.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. n. 231 del 2001*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 57 ss.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2012.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato, profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 ss.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008.

DEBERNARDI P., *Omessa vigilanza dell'imprenditore ed incuria del lavoratore*, in *Giur. It.*, 2004, 1490 ss.

DEGL'INNOCENTI L., *Le novità in materia di delega di funzioni introdotte dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2479 ss.

DEIDDA B., *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in B. DEIDDA, A. GARGANI (a cura di), *I reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 39 ss.

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.

DEMURO G.P., *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 815 ss.

DEMURO G. P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1998, 845 ss.

DI FLORIO M., *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *Arch. pen.*, 2021, 1 ss.

DI GERONIMO P., *La responsabilità da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2017, 157 ss.

DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in A. MANNA (a cura di), *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 423 ss.

DI GIOVINE O., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss.

DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325 ss.

DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 3 ss.

DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012.

DI LECCE M., *Relazione*, in A. CESSARI, A. LANZI, T. PADOVANI (a cura di), *Responsabilità penale in materia di lavoro nelle aziende. Atti del convegno di Parma 5 giugno 1981*, Milano, 1982, 37 ss.

DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.

DONINI M., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019.

DOVERE S., *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 97 ss.

DOVERE S., *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 316 ss.

DOVERE S., *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, 1, 101 ss.

DOVERE S., *Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2018, 635 ss.

FEDELE V., *Una pronuncia in tema di requisiti essenziali della delega di funzioni in materia ambientale*, in *Cass. pen.*, 2004, 4205 ss.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale.*, VIII ed., Bologna, 2019.

FIGLIOLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

FIGLIOLA A., *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 267 ss.

FIGLIOLA A., *Pubblico e privato nell'esperienza "penale"*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 7, 297 ss.

FIGLIOLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018.

FLORA G., *Profili penali in materia di imposte dirette ed i.v.a.*, Padova, 1979.

FOGLIA MANZILLO F., *Collegi societari e responsabilità penale*, Torino, 2012.

FONDAROLI D., voce *D. Legisl.* 10 marzo 2000, n. 74, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, 1165 ss.

FORMICA M., *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 974 ss.

FORTI G., *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249 ss.

G. EBNER, *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, in *Cass. pen.*, 1997, 2246 ss.

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

GALLO M., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 750 ss.

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 581 ss.

GARGANI A., *Imputazione del reato degli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irreali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061 ss.

GARGANI A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 397 ss.

GARGANI A., *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente* in *Leg. pen.*, 11 gennaio 2016, 1 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019.

GENNAI S., TRAVERSI A., *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001.

GIAMPIETRO P., *Il soggetto attivo dei reati di inquinamento nella legge "Merli"*, in *Giur. it.*, 1977, 4, 76 ss.

GIUDETTI L., *La responsabilità omissiva degli amministratori di società nel diritto penale tributario*, in *Cass. pen.*, 2016, 2971 ss.

GIULIANI U., *Il reato omissivo*, Napoli, 1961.

GIULIANI A., *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D. Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 126 ss.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.

GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.

GIUNTA F., *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004.

GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1 ss.

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 2006, 597 ss.

GIUNTA F., GUERRI D., *Il datore di lavoro*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 3 ss.

GIUNTA F., *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2013, 4, 9 ss.

GRASSO G., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, 745 ss.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.

GRASSO G., *Commento all'art. 113*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 136 ss.

GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, vol. I, Padova, 1932.

GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 41 ss.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Padova, 1945.

GROTTO M., *Per una lettura costituzionalmente orientata dell'indelegabilità della valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, in *Cass. pen.*, 2006, 2184 ss.

GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

GUARINIELLO R., *I profili innovativi del D.lgs. 626/94*, in *Dir. prat. lav.*, 4, 1994, 25 ss.

GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018.

GUERRINI R., *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2011, n. 231*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 131 ss.

GUIDI D., *La problematica compatibilità tra criteri general di ascrizione della responsabilità degli enti e l'art. 25 septies*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R GUERRINI, A., MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 123 ss.

GULLO A., *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1508 ss.

GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi "tradizionali" alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005.

KAUFMAN A., *Methodische Problemeder Gleichstellungdes Unterlassensmitder Begehung*, in *JuS*, 1961.

IAGNEMMA C., *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, Milano, 2020.

IAGNEMMA C., *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistematico all'evento offensivo*, in *Discrimen*, 21 giugno 2021, 1 ss.

IELO P., *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, 57 ss.

INGRASSIA A., TROYER L., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'organismo di vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1266 ss.

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II. Torino, 1988, 470 ss.

LAGEARD G., GEBBIA G., *Il divieto di subdelega sui doveri della sicurezza è solo un "mito" da sfatare?*, in *Amb. sic.*, 11, 2009, 30 ss.

LAI M., *I nuovi diritti e doveri per la sicurezza sul lavoro*, in *Lav. inf.*, 1994, 13, 23 ss.

LANZI A., *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 41 ss.

LANZI A., ALDROVANDI G., *L'illecito tributario*, III ed., Padova, 2005.

LANZI A., BERSANI G., *I nuovi reati tributari*, Torino, 1995.

LATAGLIATA R., voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 609 ss.

LECIS U., *La delega di funzioni e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2010, 2, 157 ss.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, di garanzia e di sorveglianza*, Torino, 1999.

LEONCINI I., *Le «posizioni di garanzia» nel progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale*, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, 183 ss.

LEONCINI I., *L'Obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* (a cura di), Milano, 2010, 107 ss.

LOTTINI R., *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico: le indicazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A., MELCHIONDA, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 151 ss.

LUNGHINI G., *La responsabilità amministrativa degli enti nel processo penale: rassegna giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2010, 31 ss.

MACALUSO C., *Il profilo del dirigente nell'organizzazione prevenzionistica*, in *Ig. sic. lav.*, 2013, 11, 562 ss.

MADEO A., *Vendita di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione: reato di pericolo o di danno?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 77 ss.

MADEO A., *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020.

MANNA A., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, 3633 ss.



- MANNA A. (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, II ed., Milano, 2018, 65 ss.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2020.
- MANNA A., *La responsabilità da reato negli enti*, in *Corso di diritto penale dell'economia. Parte generale*, Padova, 2020, 56 ss.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.
- MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, 2020.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano* (ed. agg. da P. Nuvolone, G. D. Pisapia), Torino, 1981.
- MARCONI G., *Rappresentanza politica e responsabilità per omissione impropria*, Milano, 2005.
- MARINI G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021.
- MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009.
- MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 493 ss.
- MASERA L., *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 4415 ss.
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*, Milano, 2007.

MASIA V., *Servizio prevenzione e protezione (SPP) e organismo di vigilanza (ODV), tra obbligatorietà ed autodeterminazione dell'ente nella nuova dimensione prevenzionale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, 1, 105 ss.

MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.

MASSARO A., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *Leg. pen.*, 8 maggio 2020, 1 ss.

MASULLO M. N., *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A., MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 209 ss.

MATTHEUDAKIS M. L., *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un'argine al paternalismo?*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 571 ss.

MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia. Problemi e casi*, III ed., Milano, 2016.

MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, V ed., Milano, 2020.

MAZZERANGHI A., *Peculiarità pratiche nella predisposizione e attuazione dei modelli organizzativi per la sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, 173 ss.

MAZZON R., *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011.

MINNELLA M. L., *Infortuni sul lavoro e posizioni di garanzia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2013.

MONGILLO V., *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 3978 ss.

MONGILLO V., *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 325 ss.

MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758 ss.

MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo"*, in *Riv. trim - Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 74 ss.

MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, 19 ss.

MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018.

MONTAGNA A., *La individuazione delle posizioni di garanzia quale ulteriore strumento di tutela ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 617 ss.

MONTAGNA A., *Sulle condizioni di operatività della delega di funzioni*, *Cass. pen.*, 2007, 2964 ss.

MORGANTE G., *La tutela penale della sicurezza del lavoro: dal pericolo al rischio*, in *Studium Iuris*, 2009, 644 ss.

MORO S., *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi a reati propri*, in *Giur. it.*, 1948, 25 ss.

MOSCATELLO V. B., *Disciplina generale. Titolo I*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Diritto penale del lavoro*, Milano, 2015, 15 ss.

NAGLER F., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, in *Der Gerichtssaal*, Band 111, 1938.

NEFRI V., *Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 30, d.lgs. 81/2008*, in *Riv. crit. lav.*, 2009, 45 ss.

NEGRI N., *Evoluzione normativa in tema di sicurezza nei luoghi di lavoro dai principi costituzionali al d.lgs. 81/2008 e successive modifiche*, in P. BELLOCCHI (a cura di), *La sicurezza nei luoghi di lavoro e jobs act*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 203 ss.

NISCO A., *Responsabilità degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 293 ss.

NISCO A., *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in F. CURI (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 119 ss.

NISCO A., *Compliance e posizioni di garanzia: prime indicazioni dalla giurisprudenza tedesca*, in *Cass. pen.*, 2010, 2435 ss.

NORO M. T., *La delega per la sicurezza del lavoro*, in B.M. GUTIERREZ (a cura di), *Le deleghe di poteri*, Milano, 2004, 162 ss.

NOTARO D., voce *Lavoro*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, 51 ss.

NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, 433 ss.

ONORATO P., *I soggetti passivi dell'obbligo di sicurezza nei luoghi di lavoro: recenti previsioni e possibili generalizzazioni*, in *Cass. pen.*, 1999, 355 ss.

PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.

PADOVANI T., *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 367 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Milano, 1983.

PADOVANI T., *Diritto penale*, VIII ed., Milano, 2006.

PADOVANI T., *Delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1977.

PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 17 ss.

PAGLIARO A., *Appunti su alcuni istituti chiave del Progetto Grosso*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 649 ss.

PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2021.

PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

PALIERO C. E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale per L'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.

PALIERO C.E., *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 845 ss.

PALIERO C. E., *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 47 ss.

PALIERO C.E., *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

PALIERO C. E., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi* in *Le Società*, 2011, *Gli speciali*, 5 ss.

PALIERO C. E., *Soggettivo ed oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una "gabella delicti"?*, in *Le società*, 2015, 1285 ss.

PALMA A., *Paradigmi scrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016.

PALMIERI R., *Profili essenziali della condotta istigatoria*, Milano, 1968.

PALOMBI E., *La delega di funzioni nel diritto penale di impresa*, in *Giust. Pen.*, 1985, 679 ss.

PALOMBI E., *La delega di funzioni*, in A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, Padova, 1990, 275 ss.

PANAGIA S., *La tutela dell'ambiente naturale nel diritto penale d'impresa*, Padova, 1993.

PANNAIN R., *Il possesso nel diritto penale*, Roma, 1946.

PAONESSA C., *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 35 ss.

PASCUCCI P., *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nella p.a.*, 2009, 553 ss.

PASCUCCI P., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *I working papers di Olympus*, 1, 2011, 1 ss.

PASCULLI A., *Rilevanza penale della delega di funzioni: riflessioni in tema di responsabilità diretta delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 293 ss.

PEDICINI M., *Il soggetto responsabile per gli infortuni sul lavoro nella pubblica amministrazione nel caso di delega di funzioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 3015 ss.

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 220 ss.

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 125 ss.

PEDRAZZI C., *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA. VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, 1367 ss.

PELISSERO M., *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 575 ss.

PELISSERO M., *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Leg. pen.*, 2003, 363 ss.

PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, 137 ss.

PELISSERO M., *Il reato proprio*, in *Studium Iuris*, 2008, 556 ss.

PELISSERO M., *La progressiva espansione dei reati-presupposto*, in *Giur. it.*, 2009, 1832 ss.

PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)* (a cura di), Firenze, 2010, 359 ss.

PELISSERO M., *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d.lgs. 231/2001*, in *Scritti in onore di A. M. Stile*, Napoli, 2013, 1200 ss.

PELISSERO M., *Responsabilità degli enti*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XV ed., Milano, 2018, 741 ss.

PELISSERO M., *I reati omissivi*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 230 ss.

PELISSERO M., *Rapporto di causalità*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 263.

PELUSI L. M., *Competenza per il rischio e responsabilità penale all'interno del sistema della sicurezza sul lavoro: le figure del committente, dei coordinatori per la sicurezza e del RSPP*, in *Cass. pen.*, 2014, 2610 ss.

PERIN A., *Prudenza dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020.

PETRINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

PETRINI D., *Individuazione del datore di lavoro e delega di funzioni nelle società di capitali*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 85 ss.

PETRINI D., PELISSERO M., *La responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III ed., Milano, 2020, 801 ss.

PIERGALLINI C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1353 ss.

PIERGALLINI C., *Societas deliquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 571 ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

PIERGALLINI C., *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova in un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 593 ss.

PIERGALLINI C., *Natura commissiva od omissiva della responsabilità e relative conseguenze*, in *Danno e resp.*, 2009, 1111 ss.

PIERGALLINI C., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Società, Gli Speciali, D.lgs. 231: 10 anni di esperienze*, 2011, 46 ss.

PIERGALLINI C., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale* Bologna, 2011, 327 ss.

PIERGALLINI C., *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex. d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss.

PINELLI F., BERARDI A., *Lineamenti di diritto penale dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro*, Milano, 2020.

PISANI M. (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 1993.

PISANI N., *Responsabilità penale del rappresentante fiscale ai fini Iva ed efficacia della delega in materia tributaria*, in *Rass. Trib.*, II, 2000, 404 ss.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003.

PISANI N., voce *Obbligo di impedire l'evento* in *Diz. dir. pubbl.* Milano, 2006, 3859 ss.

PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 818 ss.

PISANI N., *Posizioni di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 123 ss.

PISANI N., *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in A. D'AVIRRO, A. DI AMATO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X., Padova, 2009, 77 ss.

PISANI N., *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2012.

PISANI N., *La colpevolezza dell'ente. Un'introduzione*, Roma, 2012.

PISAPIA G., *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 565 ss.

PISAPIA G., *Prospettive di riforma del Codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 407 ss.

PISTORELLI L., *Breve rassegna della giurisprudenza penale tributaria in materia di delega di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 745 ss.

PIVA A., *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 719 ss.

PIVA D., *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorchè non di) sistema*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 283 ss.

PIZZI A., *Le posizioni di garanzia in materia di salute e sicurezza sul lavoro: differenza tra soggetto delegato e preposto e i residui obblighi datoriali*, in *Dir. sic. lav.*, 2016, 56 ss.



PRATI L., *La ripartizione delle responsabilità ambientali all'interno delle organizzazioni o dei gruppi societari*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 29 ss.

PROVERA A., “L’epidemiologia è importante ma non basta” per l’accertamento del nesso causale. Considerazione a margine di una sentenza del GUP di Rovereto, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 582 ss.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav e prev. soc.*, 1982, pp. 178 ss.

PULITANÒ D., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. del lav.*, 1985, 16 ss.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. scien. pen.*, VI, Torino, 1992, 107 ss.

PULITANÒ D., *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 71 ss.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, (Agg.), I, Milano, 2000, 388 ss.

PULITANÒ D., *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 3 ss.

PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.

PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 778 ss.

PULITANÒ D., *Sicurezza sul lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 102 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, IX ed., Torino, 2021.

PUNZO M., *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova, 1957.

RAGANELLA E., *Il nuovo volto della delega di funzioni alla luce del d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106 correttivo e modificativo del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 tra frammentazione della posizione di garanzia e “spersonalizzazione” della responsabilità penale*, Roma, 2009.

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzioni di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss.

RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 132 ss.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.

RISICATO L., *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 571 ss.

ROCHIRA V., NANNI S., *La delega di funzioni*, Milano, 2020.

ROMANO M., *Sub art. 40 c.p.*, in *Commentario sistematico*, 1, II ed., Milano, 2011, 375 ss.

ROMEI R., *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626/1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3) in L. MONTUSCHI (a cura di), Ambiente salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 80 ss.

ROMOLOTTI T. E., *Organismo di Vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 4, 87 ss.

ROSSI A., GERINO F., *Art. 25 septies d.lgs. n. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione gestione e controllo*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, 7 ss.

ROSSI A., *Modelli di organizzazione, gestione e controllo: regole generali e individuazioni normative specifiche*, in *Giur. it.*, 2009, 1836 ss.

ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 2111 ss.

ROVELLI R., *Disciplina penale dell'impresa*, Milano, 1953.

ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformender Straftat*, München, 2003.

RUSSO A., *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in di M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo d.lgs. n 106/2009*, Milano, 2009, 342 ss.

SANTORIELLO C., *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società* in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, 161 ss.

SANTORIELLO C., *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza di reati colposi*, in *Riv. amm. soc. enti*, 2011, 71 ss.

SARDELLA F., *La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Giur. pen. (web)*, 2021, 1 bis, 1 ss.

SCARCELLA A., *La delega di funzioni, prima e dopo il t.u. 81/08. Continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 311 ss.

SCARCELLA A., *La delega di funzioni e i modelli di gestione nel D. Lgs. 81/08: aggiornata al D. Lgs. n. 106/09 (c.d. correttivo al Testo unico Sicurezza)*, Roma, 2011.

SCAROINA E., *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Milano, 2006.

SCAROINA E., *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 105 ss.

SCAROINA E., *La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2021, 2, 189 ss.

SCHETTINO M. H., LUCARIELLO F., *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Milano, 2019.

SCHÜNEMANN B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, in *GA* 1986, 293 ss.

SCOLETTA M. M., *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in L. D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Padova, 2016, 817 ss.

SCOLETTA M. M., *Commento agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 - profili penalistici e commento all'art. 8 d.lgs. n. 231/2001- profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, C. NEGRI (a cura di) *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 162 ss.

SCORDAMAGLIA I., *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in *Dir. pen. cont.*, 23 novembre 2012, 6 ss.

SCORDAMAGLIA I., *L'individuazione del datore di lavoro pubblico*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2013.

SCORDAMAGLIA I., *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione come consulente del datore di lavoro*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015.

SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006.

SEMERARO P., *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *Ind. pen.*, 2006, 583 ss.

SERENI A., *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

SERENI A., *Una discutibile sentenza in tema di inquinamento idrico*, in *Riv. trim. pen. econ.*, 1990, 145 ss.

SERRA P., *Modelli di organizzazione nel settore della sicurezza sul lavoro (parte II)*, in *Giur. mer.*, 2013, 2515 ss.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta*, in *Arch. pen.*, 3, 2016, 1 ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SUBBI F., *I reati in materia di sicurezza e igiene sul lavoro: connotati del sistema*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 262 ss.

SHAFFSTEIN F., *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *Festschrift für W. Gleispach*, 1936.

SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nella società postindustriale*, Milano, 2004.

SOPRANI P., *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro: il modello sanzionatorio applicabile all'impresa, il sistema della sicurezza integrata nei cantieri, il d.lgs. n. 626/94 (aggiornato con il d.lgs. n. 242/96, il d.lgs. n. 359/99 e il d.lgs. 66/2000), il d.lgs. n. 758/94, il d.lgs. n. 494/96 (aggiornato con il d.lgs. n. 528/99), (con il commento alle singole norme, le circolari esplicative, i capi di imputazione, le tavole sinottiche, le scadenze, gli schemi di delega, le sezioni di riepilogo)*, Milano, 2001.

SPASARI M., *L'omissione nelle teorie della fattispecie penale*, Milano, 1957.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 36 ss.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 ss.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 1254 ss.

STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55 ss.

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1062 ss.

STOLFA F., *L'individuazione e le responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza sul lavoro*, in [www.ojs.uniurb.it](http://www.ojs.uniurb.it), 2014, 1 ss.

STORTONI L., *Profili penali delle società commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1173 ss.

STORTONI L., TASSINARI D., *La responsabilità amministrativa degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, 20 ss.

TAMPIERI A., *L'applicabilità del decreto legislativo n. 626/1994 alle Pubbliche amministrazioni*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626*, II ed., Milano, 1996, 12 ss.

TELESCA M., *Tutela dell'ambiente e delega di funzioni: irrilevante il requisito della dimensione dell'impresa secondo un condivisibile arresto della giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. giur., ag. al. amb.*, 2016, 1 ss.

TIEDEMANN K., *Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988.

TORDINI CAGLI S., *I soggetti responsabili*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 63 ss.

TORDINI CAGLI S., *La delega di funzioni*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, 97 ss.

TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, Bologna, 2013.

TORRE V., *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2019, 35 ss.

TRAVERSI A., *Responsabilità penali d’impresa*, Padova, 1983

TRUCCO C., *Responsabilità penale nell’impresa: problemi di personalizzazione e delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 763 ss.

VALENTINI V., *La sostanziale continuità tra il “vecchio” il “nuovo” diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 372 ss.

VALENTINI V., *L’autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances*, in *Discrimen*, 7 aprile 2020, 1 ss.

VALIANI N., *La responsabilità degli enti ex art. 25 septies d.lgs. 231/2001 e il “corporate manslaughter and corporate homicide act” del 2007*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A., MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 237 ss.

VALLINI A., *L’art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in G. CAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, 111 ss.

VALSECCHI A., *Responsabilità a titolo di concorso dell’ex amministratore per l’omesso versamento dell’iva (art. 10 ter, d.lgs. 74/00)* in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2013.

VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.

VASSALLI F., *Responsabilità d’impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973.

VENAFRO E., voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 337 ss.

VENAFRO E., *L’istituto della delega alla luce della vigente normativa antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1349 ss.

VENEZIANI P., *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell’evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 2-3, 493 ss.

VENEZIANI P., *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1143 ss.

VENEZIANI P., *Commento al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in F. PALAZZO, C.E PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1682 ss.

VERGINE A. L., *Ancora in tema di «delega di funzioni» in ipotesi di reato ambientale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, 611 ss.

VIAZZO C., *Profili di responsabilità penale per i reati tributari nelle imprese di grandi dimensioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 220 ss.

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla cosiddetta «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.

VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 380 ss.

VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'«organismo di vigilanza»*, in *La resp. amm. soc. enti.*, 2, 2009, 97 ss.

VIOLANTE L., *Considerazioni sull'art. 40 cpv. cp.*, in *Ind. pen.*, 1983, 730 ss.

VITARELLI T., *Maltrattamenti mediante omissione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 179 ss.

VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006.

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.

VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 695 ss.

VITARELLI T., *La disciplina della delega di funzioni*, in G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 37 ss.

VITARELLI T., *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Roma, 2013, 256 ss.

VITARELLI T., *La problematica rilevanza penale dei maltrattamenti mediante omissione*, in *Giust. pen.*, pt. II, 2013, 544 ss.

ZALIN M., *Efficacia della delega di funzioni nel diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 694 ss.

ZAMPINI G., *Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 121 ss.

ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, III ed., Milano, 2017.

ZIRULIA S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

ZOPPOLI L., *La sicurezza del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, 83 ss.

ZUCCALÀ G., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954.



