

GARANTI DELLA SICUREZZA DEL LAVORO E LORO QUALIFICAZIONE ALTERNATIVA COME APICALI O SUBORDINATI IN AMBITO 231*

di Donato Castronuovo

(Professore ordinario di Diritto penale, Università di Ferrara)

SOMMARIO: 1. L'introduzione dell'art. 25-septies e il suo significato sistematico sul sistema 231 e sulla responsabilità individuale: ricadute bidirezionali. – 2. Gli autori del reato presupposto e la loro necessaria classificazione alternativa come apicali o subordinati. – 3. Fattori di “dinamismo” classificatorio della qualifica apicale: esercizio di fatto; delega di funzioni; responsabilità di un'unità produttiva. – 4. I singoli garanti per la sicurezza e il loro ruolo apicale o subordinato. – 4.1. La figura datoriale. – 4.2. La figura dirigenziale. – 4.3. La figura del garante a titolo derivativo: il delegato. – 4.4. La figura del preposto. – 4.5. Il lavoratore autore del delitto colposo. – 4.6. Responsabili e addetti del servizio di prevenzione e protezione. – 4.7. Il medico competente. – 4.8. I soggetti esterni all'azienda: progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori e montatori. – 4.9. I garanti della sicurezza nei cantieri. – 5. Conclusioni.

1. L'irresistibile tendenza espansiva della responsabilità “punitiva” degli enti, anche in direzione dei delitti colposi d'evento commessi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, trova la sua ragione giustificatrice, con tutta evidenza, nel tentativo di apprestare un rafforzamento della tutela dei beni primari coinvolti, mediante *estensione* del novero dei “soggetti responsabili”¹. Non più soltanto i singoli

* Il contributo è destinato agli *Studi in onore di Antonio Fiorella*.

¹ Un prospetto comparativo circa l'assetto della responsabilità dell'ente collettivo, con specifico riferimento al settore della sicurezza del lavoro, è offerto nei contributi collocati nella parte quinta del volume A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli 2014, 443 ss. Davvero incessante l'indagine svolta dall'Onorato attorno al tema della responsabilità degli enti, anche in prospettiva sovranazionale e comparata. A titolo di esempio, con rilievo comparativo più generale e non circoscritto al settore lavoristico, nonché con attenzione al contesto europeo o globale, si ricordano, qui, A. Fiorella (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, 2 voll., Napoli 2012; A. Fiorella, R. Borgogno, A.S. Valenzano (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli 2015; A. Fiorella, A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente nella prospettiva del diritto penale globalizzato*, Napoli 2015; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino 2018, 93 ss., 120 ss., 144 ss.; A. Fiorella, *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema*

“garanti individuali” in carne ed ossa, ma anche un “super garante collettivo” in capitale ed organizzazione².

La responsabilizzazione “diretta”, “autonoma”, “eventualmente concorrente” della persona giuridica si giustifica facendo leva sulle “capacità preventive” della compagine organizzativa, ritenute astrattamente superiori rispetto a quelle individuali. Il ruolo politico-criminale di strumento di *law enforcement* anche nel campo della sicurezza del lavoro, assegnato, almeno in astratto, in vari ordinamenti giuridici, alla *Corporation Criminal Liability*, dipende dalle indubbe analogie strutturali che caratterizzano entrambe le discipline come strumenti organizzativi e di auto-normazione. Tali analogie sono cioè riconoscibili, per un verso, nei sistemi di valutazione e gestione del rischio introdotti dagli anni Novanta del secolo scorso dai legislatori europei dei Paesi membri per garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro; per altro verso, nei *Compliance Programs* adottati da una compagine societaria e finalizzati alla prevenzione di comportamenti illeciti al suo interno. In fondo, i *modelli 231*, funzionali a prevenire reati perpetrabili nel contesto della *societas*, sono stati in qualche modo “anticipati” dalla normativa di origine comunitaria in materia di sicurezza del lavoro, fondata su spiccati momenti organizzativi, procedurali e di auto-normazione nella valutazione e gestione del rischio³.

Nonostante queste analogie di fondo, la – tardiva – introduzione dell’art. 25-*septies* nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha certamente introdotto una rilevante innovazione “interna” allo stesso sistema della responsabilità degli enti nel suo complesso. Non foss’altro perché l’integrazione nel *catalogo 231* dei nuovi delitti presupposto colposi, con i loro contrassegni peculiari sul piano dell’imputazione soggettiva, ha imposto, anche nella prassi aziendale, un riassetto molto significativo

generale degli illeciti e delle sanzioni, anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Roma 2018, 445 ss.

² La nozione di “garante” è qui corrispondente a quella, più ampia e meno ortodossa sul piano tecnico, tematizzata dalle Sezioni unite nella celebre sentenza sul *caso ThyssenKrupp*: la Corte registra, nell’uso giurisprudenziale del termine, un campo semantico assai più esteso di quello tradizionalmente assegnato nelle ricostruzioni teoriche a tale posizione soggettiva. Il riferimento alla *Garantenstellung* – che secondo l’inquadramento classico, come noto, esprime in modo condensato la posizione sulla quale si fonda l’obbligo giuridico di impedire l’evento nei reati omissivi impropri (art. 40 cpv. Cp) – viene oramai ampiamente utilizzato nella prassi anche in presenza di una causalità commissiva (così Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, *Espenhahn*, 102 s.).

³ A partire dalla direttiva “quadro” n. 89/391/CEE e dalle sue trasposizioni nel diritto interno dei Paesi membri. Sulle similitudini e sovrapposizioni, ma anche sulle differenze teleologiche, tra modello organizzativo 231 e sistema di gestione della sicurezza e di prevenzione dei rischi da lavoro, si rinvia alla approfondita trattazione di V. Mongillo, sub art. 30 [d.lgs. n. 81/2008]. *Modelli di organizzazione e gestione, in Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, Milano 2019, 1626 ss. Si veda, inoltre, 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*, Torino 2019, 174.

dei modelli di organizzazione, che erano fino al 2007 funzionali alla prevenzione di soli delitti dolosi. L'allargamento ai reati colposi d'evento – area di sicura incidenza della criminalità d'impresa o più latamente economica – ha posto al centro delle esigenze preventive dei *modelli* forme di illecito che si pongono in strettissima correlazione non soltanto con l'agire quotidiano della *societas*, bensì, proprio per questo, con l'organizzazione “più autentica” dello svolgimento dell'attività produttiva in seno alla compagine aziendale. Si è trattato di un'estensione inevitabile verso fattispecie che possono considerarsi alla stregua di «reati culturali» delle persone giuridiche tardo-moderne, espressive della pericolosità e dell'aggressività della *corporate culture* della nostra epoca»⁴.

Ma i profili di intersezione tra la disciplina 231 e quella della sicurezza del lavoro si rivelano *bidirezionali*. La dottrina ha infatti rilevato come l'onda d'urto dell'innovazione si sia in realtà propagata anche in direzione della stessa responsabilità penale delle persone fisiche nel settore lavoristico. In particolare – ad ulteriore dimostrazione dei nessi tra la responsabilità *ex crimine*, rispettivamente, della *societas* e degli individui che si muovono al suo interno (nessi identificabili, come detto, sul piano dell'organizzazione finalizzata alla prevenzione) – la responsabilizzazione dell'ente collettivo potrebbe contribuire, se non a risolvere, per lo meno a sdrammatizzare talune controverse questioni in tema di criteri di imputazione della responsabilità penale per le persone fisiche⁵.

In questo senso, la autonoma responsabilità *della* organizzazione potrebbe attenuare o aiutare a risolvere taluni problemi (notevoli) tipici dell'attribuzione della responsabilità *nella* organizzazione, quindi, in questo secondo caso, ai singoli individui che agiscono od omettono all'interno della compagine. Invero, la corretta attribuzione soggettiva della responsabilità per l'evento verificatosi all'interno dell'organizzazione presenta, nel settore lavoristico, profili di enorme difficoltà, tanto da costituire uno dei punti – assieme all'accertamento del nesso di causalità e della colpa – in cui si è manifestato un processo di progressiva *deformazione prasseologica* delle categorie dell'imputazione del risultato dannoso, e quindi la messa in crisi del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale⁶. È il caso, segnatamente,

⁴ C. de Maglie, *Note su infortuni sul lavoro e responsabilità autonoma dell'ente*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 189.

⁵ Cfr. G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino 2009, 234 ss.; G. Morgante, *Responsabilità amministrativa degli enti collettivi*, in *Reati contro la salute e la dignità dei lavoratori*, a cura di B. Deidda, A. Gargani, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2012, 477; S. Dovero, *sub art. 25 septies. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, a cura di M. Levis, A. Perini, Bologna 2014, 619.

⁶ Volendo, per l'impostazione della questione in questi termini, D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 292 ss.,

delle difficoltà in termini di individuazione dei “garanti” all’interno della compagine societaria in caso di evento lesivo, specialmente, ma non solo, in ipotesi di tecnopatie riconducibili ad esposizioni seriali e cumulative a determinati fattori di rischio lavorativo; e/o a fenomeni di successione nelle posizioni di garanzia.

Seppur problematicamente, le regole d’imputazione della responsabilità all’ente – responsabilità qualificabile come “autonoma”, “diretta” ed “eventualmente concorrente” alla luce dell’art. 8 d.lgs. 231⁷ – potrebbero in alcuni casi attenuare tali difficoltà, aprendo la strada ad una responsabilità esclusiva della *societas* in ipotesi di evento lesivo colposo, allorquando non sia stato possibile identificare con la necessaria certezza l’autore del reato: questa residuale e problematica eventualità sarebbe tuttavia condizionata all’avvenuto accertamento positivo circa la sussistenza del reato, e quindi degli elementi della causalità e della colpa; nonché in ordine alla riconducibilità del “fatto di connessione” ad almeno un soggetto appartenente alla compagine, non identificabile con certezza, ma del quale si possa individuare l’appartenenza alla cerchia degli apicali o dei subordinati, come richiesto dall’art. 5.

Che l’introduzione dell’art. 25-*septies* abbia avuto ripercussioni anche sulla struttura della responsabilità delle persone fisiche nell’ambito della sicurezza del lavoro, pare dimostrato in maniera evidente anche dalla disposizione in tema di delega di funzioni. La norma in questione – l’art. 16, co. 3, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 – valorizza esplicitamente i nessi tra i due piani (collettivo e individuale) di responsabilità, là dove prevede, come noto, una presunzione di adempimento dell’obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro delegante in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite: obbligo di vigilanza che «si intende assolto in caso di adozione e di efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’art. 30, comma 4», dello stesso d.lgs. n. 81/2008.

Dalla responsabilità delle persone fisiche – *rectius*: di soggetti apicali ovvero di soggetti subordinati; nonché di garanti, a seconda dei casi, in via originaria o a seguito di delega – a quella dell’ente collettivo, e viceversa. Questo andamento bidirezionale, dalla responsabilità dell’organizzazione a quella degli individui, richiede la corretta identificazione dei soggetti che possono impegnare la responsabilità dell’ente collettivo, mediante modelli imputativi differenziati al variare della qualifica soggettiva di apicale o, rispettivamente, di subordinato⁸.

anche per ulteriori riferimenti.

⁷ Per una riconsiderazione aggiornata circa la nozione di autonomia e, più in generale, sulle caratterizzazioni strutturali della responsabilità da reato dell’ente, G. De Simone, sub art. 8 [d.lgs. 231/2008]. *Autonomia della responsabilità dell’ente - Profili sostanziali*, in *Compliance*, cit., 336 ss.

⁸ In generale, per una vasta ed approfondita indagine anche comparata sui paradigmi del riparto di responsabilità tra individui ed enti in ambito societario, si rinvia a V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, *passim*. Inoltre, per una riflessione, ricca di riferimenti, sulla relazione dialettica tra

Al riesame di tali questioni identificative, assai rilevanti anche sul piano pratico, sarà dedicata la rassegna che segue.

2. Tra i non pochi problemi interpretativi suscitati dall'inclusione dei reati in materia di sicurezza del lavoro tra le ipotesi di responsabilità dell'ente, figurano anche quelli legati al criterio "oggettivo" di imputazione, formulato all'art. 5 del d.lgs. 231. Il quale, come ben noto, richiede due requisiti: che il reato presupposto sia commesso (i) da un apicale o da un subordinato; (ii) nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Tralasciando in questa sede le questioni poste dalla difficoltosa compatibilità tra reati colposi e criterio oggettivo dell'interesse o vantaggio⁹, ci si soffermerà sulle nozioni di soggetti apicali e di soggetti subordinati. I primi sono «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 persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (art. 5, lett. a). I secondi, invece, «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)» (art. 5, lett. b).

In particolare, debbono esaminarsi talune questioni riguardanti i soggetti (individuali) responsabili della sicurezza del lavoro, in vista delle possibili ripercussioni sui differenziati criteri c.d. soggettivi di attribuzione della responsabilità *ex crimine* stabiliti, rispettivamente, dagli artt. 6 e 7¹⁰: criteri differenziati, come noto, proprio sulla base della diversa qualifica – di vertice o di subordinazione – dell'autore persona fisica. Il che giustifica l'importanza della qualificazione alternativa come apicali/subordinati delle persone fisiche autrici dei reati.

In altri termini, poiché l'ente è responsabile dei reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da (a) soggetti apicali oppure (b) da soggetti subordinati, una prima questione concerne il significato da attribuire alle due alternative qualifiche soggettive alle quali si riferisce l'art. 5, in relazione alla fitta rete di "garanti" della sicurezza predisposta dalla disciplina lavoristica. Si tratta, invero, di questione preliminare

macro- o meta-posizione di garanzia dell'ente collettivo e *Garantenstellungen* individuali nel contesto delle organizzazioni complesse, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, in *RTDPE*, 2017, 508 ss.

⁹ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, G. De Simone, sub *art. 5 [d.lgs. 231/2008]. Responsabilità dell'ente. - Profili penalistici*, in *Compliance*, cit., 118 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a D. Castronuovo, sub *art. 25-septies [d.lgs. 231/2001]. Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Compliance*, cit., 600 ss., in part. 623 ss.

¹⁰ La questione del corretto inquadramento alternativo degli autori-persone fisiche come apicali o subordinati si pone in maniera assai più netta nel settore della sicurezza del lavoro, in quanto la sua disciplina presenta una notevole codificazione delle singole figure soggettive dei garanti (datore, dirigente, preposto, etc.). Ma, va da sé, questioni analoghe potrebbero astrattamente profilarsi in ogni contesto di responsabilità in cui siano previste fattispecie di reato presupposto e in cui sia possibile rinvenire figure soggettive di "garanti" (nel senso ampio anzi detto): ad esempio, in relazione alla disciplina ambientale.

anche rispetto a quella – certamente più indagata – dell'individuazione del significato da attribuire alle nozioni di interesse e vantaggio nel peculiare contesto colposo in cui ci muoviamo. Peraltro, mentre ai fini della responsabilità della *societas* non assume nessuna rilevanza lo specifico ruolo svolto dalla persona fisica nella realizzazione del fatto di connessione, potendosi trattare di autore, coautore o complice, è viceversa fondamentale decidere il livello funzionale occupato dalla stessa nella struttura organizzata¹¹.

Il legislatore ha dunque individuato, benché sulla base di formule elastiche, due diverse categorie di soggetti che possono impegnare la responsabilità dell'ente, sulla base del tipo di connessione funzionale che li lega allo stesso in forza di un rapporto qualificato¹². Si parla in proposito di tipizzazione in chiave oggettivistico-funzionale¹³.

In particolare, sulla base del dato funzionale, la qualifica di apicale dipende dall'esercizio delle funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione, nonché, anche di fatto, da quelle di gestione e controllo. Secondo una diffusa nozione, «il minimo comune denominatore delle richiamate funzioni apicali sta in ciò che le stesse hanno ad oggetto – a prescindere dalla qualifica formale – la determinazione della volontà dell'ente e la sua politica di impresa, concretizzando così il potere di indirizzo strategico del medesimo tramite l'esercizio della discrezionalità imprenditoriale»¹⁴.

L'elasticità della formula normativa, che si spiega anche per la variabilità delle forme societarie e per l'eterogeneità delle strutture organizzative e delle denominazioni dei ruoli funzionali, sembra non dissipata dalla corrispondente nozione economico-aziendale. «Negli studi sulla *corporate governance* di matrice economico-aziendale si riscontrano alcuni utili riferimenti per l'identificazione dei soggetti apicali», sebbene il termine “apicali” non trovi, colà, riscontro letterale. In quel contesto disciplinare il concetto di apicale «può essere derivato da quello di *soggetto economico*», che comprende «tutti quei soggetti che in azienda detengono le leve di comando ed hanno la responsabilità assoluta delle politiche gestionali», dunque coloro che esercitano il «potere di “definire gli indirizzi strategici” [...] o, in altri termini, “di

¹¹ Cfr., ad es., F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *RTrimDPenEc* 2004, 8; R. Lottini, *I criteri di imputazione oggettiva: i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente e il criterio dell'interesse o del vantaggio*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2016, 2416; G. De Simone, sub art. 5, cit., 100.

¹² Cfr. F. Bordiga, sub artt. 5, 6 e 7 [d.lgs. n. 231/2001] - *Profili societari. A) I soggetti apicali e subordinati*, in *Compliance*, cit., 176.

¹³ G. De Simone, sub art. 5, cit., 101; F. Bordiga, sub artt. 5, 6 e 7, cit., 177 s. (entrambi anche per gli ulteriori riferimenti svolti).

¹⁴ Cfr. F. Bordiga, sub artt. 5, 6 e 7, cit., 178 ss., al quale si rimanda anche per una rassegna, dal punto di vista del diritto societario, sulle nozioni corrispondenti alle funzioni apicali di rappresentanza, amministrazione, direzione, gestione e controllo.

indirizzare la gestione assumendo le decisioni fondamentali”»¹⁵.

Oltre al *soggetto economico* di rilievo verticistico, tra le persone le cui condotte criminose possono coinvolgere la responsabilità della *societas* vi sono, poi, quelle richiamate alla lett. *b* dell’art. 5, che sembrano identificate sempre sulla base del criterio funzionale, ma mediante una sorta di *canone inverso*: non rileva, cioè, la funzione da essi stessi svolta – potendo trattarsi di dipendenti inquadrati a vario titolo nell’organigramma o di parasubordinati, mentre più controversa è la posizione dei collaboratori esterni –; rileva, bensì, la loro sottoposizione ai poteri di direzione e vigilanza affidati ai soggetti di vertice, allorché il reato presupposto sia stato reso possibile dall’inosservanza degli obblighi relativi a tali poteri (cfr. art. 7, comma 1, d.lgs. n. 231).

Tornando al tema della qualificazione alternativa come apicale o subordinato dell’autore (nozione sintetica, come visto, ma da intendersi nel senso più ampio, ricomprendente anche il concorrente), essa rappresenta un passaggio preliminare e ineludibile persino nell’ipotesi – prospettata dall’art. 8, comma 1, lett *a*, dello stesso decreto – in cui la responsabilità ricada sul solo ente, quale concretizzazione del carattere autonomo di questa forma di responsabilità: vale a dire, in caso di mancata identificazione dell’autore del reato. Ne deriva che, ai fini dell’imputazione della responsabilità all’ente collettivo, occorrerà sempre procedere alla classificazione alternativa dei diversi garanti della sicurezza (a titolo originario: datore, dirigente, preposto, lavoratore, etc.; oppure a titolo derivativo: delegato) quali apicali o quali subordinati. Anche in caso di mancata identificazione dell’identità dell’autore, dovrà pur sempre accertarsi, quantomeno, la sua appartenenza alla categoria dei vertici o a quella dei sottoposti.

Si può dunque parlare di necessità della qualificazione alternativa.

Che sia un passaggio preliminare *sempre ineludibile* è ricavabile dal meccanismo soggettivo di attribuzione della responsabilità all’ente, che, come ricordato, assume struttura differenziata – secondo quanto previsto dagli artt. 6 e 7 – in funzione dell’appartenenza dell’autore del reato al novero dei soggetti apicali/subordinati.

Nel caso di autore “garante apicale” – situazione coperta dal combinato disposto degli artt. 5, lett. *a*, e 6 – varranno le rigorose disposizioni sull’onere della prova in ordine al modello d’organizzazione, all’organismo di vigilanza e all’elusione fraudolenta, rendendo così scarse o quasi nulle le possibilità esimenti per l’ente. Nel caso, invece, di autore “garante subordinato”, l’ente potrà più agevolmente ottenere l’esonero dalla responsabilità, secondo il più benevolo meccanismo tracciato dagli artt.

¹⁵ G. D’Onza, sub artt. 5, 6 e 7 [d.lgs. n. 231/2001] - *Profili aziendali. A) I soggetti apicali e subordinati e la nozione di unità organizzativa*, in *Compliance*, cit., 301 s., con i riferimenti necessari alla letteratura economico-aziendale.

5, lett. b, e 7¹⁶.

Non potrà dunque prescindere da una pregiudiziale attività di classificazione – che rientra nell’onere probatorio dell’accusa – delle diverse figure di garanti per la sicurezza sul lavoro (autori del reato-presupposto) nell’una o nell’altra categoria di soggetti (che si assume abbiano agito nell’interesse o a vantaggio dell’ente).

3. La questione classificatoria è complicata da talune variabili, in parte peculiari del contesto della sicurezza del lavoro, di cui mette conto parlare sin da subito. Alcuni fattori sono infatti capaci di imprimere un certo “dinamismo” all’accertamento della nozione di soggetto apicale, imponendo, così, una valutazione puntuale, da effettuare di volta in volta e in concreto.

Occorre invero considerare che il possesso della qualifica apicale – che, come ricordato, è caratterizzata dall’esercizio di diverse funzioni: la rappresentanza, l’amministrazione, la direzione, la gestione e il controllo – potrà dipendere anche dall’esercizio di fatto, in particolare, della gestione o del controllo dell’ente collettivo (art. 5, lett. a, ultima parte, d.lgs. n. 231)¹⁷. Correlativamente, l’esercizio di fatto in assenza di una formale investitura è considerato anche in relazione ai poteri corrispondenti alle posizioni di garanzia lavoristiche del datore, del dirigente e del preposto (art. 299 d.lgs. n. 81).

Un ulteriore elemento di “dinamicità” della qualifica apicale, apprezzabile anche ai fini della responsabilità dell’ente, dipende dall’istituto della *delega di funzioni* rilevanti in materia di sicurezza del lavoro, che – eccettuati gli obblighi di cui all’art. 17 d.lgs. n. 81/2008 – può avere contenuto e carattere di generalità¹⁸.

Ancora: in parziale e reciproca analogia, sia il soggetto apicale sia la figura datoriale sono identificabili in persone aventi poteri o responsabilità anche con

¹⁶ Per una considerazione aggiornata dei “criteri soggettivi”, per tutti, M. Scoletta, sub art. 6 [d.lgs. n. 231/2001]. *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell’ente. - Profili penalistici*, in *Compliance*, cit., 132 ss.; M. Scoletta, sub art. 7 [d.lgs. n. 231/2001]. *Soggetti sottoposti all’altrui direzione e modelli di organizzazione dell’ente. - Profili penalistici*, *ibidem*, 169 ss.

¹⁷ Si veda però F. Bordiga, sub artt. 5, 6 e 7, cit., 181 s., là dove – nel rimarcare l’equivocità, dal punto di vista del diritto commerciale, della lettura fornita dalla dottrina penalistica circa la nozione di “gestione e controllo anche di fatto” ex art. 5, lett. a – l’A. precisa che «il riferimento all’esercizio di fatto della gestione e del controllo va inteso nel senso dell’esercizio, a prescindere da investiture formali, della funzione amministrativa in senso ampio: come attività di strutturale partecipazione, cioè, all’assunzione delle decisioni imprenditoriali [...]».

¹⁸ In via sintetica e in generale, sull’art. 299 (esercizio di fatto dei poteri direttivi) e sugli artt. 16-17 (delega di funzioni) del d.lgs. n. 81/2008, per tutti, S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 98 ss.; S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni*, *ibidem*, 121 ss. Approfondimenti specifici sulla delega di funzioni in relazione alla responsabilità degli enti in V. Mongillo, sub artt. 16-17 [d.lgs. n. 81/2008], in *Compliance*, cit., 1594 ss., in part. 1612 ss. Sulla possibile incidenza della delega di funzioni sulla qualifica soggettiva dell’autore individuale, si veda sin da ora, in maniera sintetica e anche per riferimenti ulteriori, G. De Simone, sub art. 5, cit., 109 s.

riferimento (soltanto) a una *unità organizzativa o produttiva*: si confrontino, rispettivamente, l'art. 5, lett. *a*, d.lgs. n. 231 e l'art. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 81¹⁹.

La possibile *circolazione* della qualifica apicale – in correlazione con l'esercizio di fatto, o con la delega di funzioni, o, infine, con la possibile afferenza della figura soggettiva alla mera unità organizzativa – pone il problema dell'individuazione, caso per caso, della funzione svolta dal soggetto attivo del reato e, quindi, della sua qualificazione in termini di persona che riveste funzioni di vertice o di mero subordinato.

Su queste variabili, e in particolare sulla delega, si tornerà nei prossimi paragrafi, nei quali si passeranno in rassegna le singole tipologie di garanti.

4. Per procedere alla classificazione dei garanti per la sicurezza quali apicali o subordinati, occorre mettere a confronto le definizioni delle diverse figure soggettive lavoristiche, formulate dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, con la qualifica richiesta, in via alternativa, dall'art. 5 lett. *a* o lett. *b* del d.lgs. 231.

Tra i destinatari dell'obbligo di sicurezza, un ruolo di primo piano giocano le figure di garanti dotati in senso lato di *poteri direttivi*, anche *di mero fatto* (alla luce dell'art. 299 d.lgs. 81/2008): il datore di lavoro, il dirigente e il preposto.

Se, senza ombra di dubbio, la figura datoriale va qualificata come apicale; e se, con altrettanta chiarezza, il preposto può essere incasellato tra i subordinati; più chiaroscurale si rivela la collocazione della figura dirigenziale. Occorrerà inoltre, come anticipato, valutare le possibili ricadute del ricorso alla *delega di funzioni* sull'inquadramento degli autori del reato-presupposto tra gli apicali oppure tra i sottoposti.

4.1. Il datore di lavoro, alla stregua della definizione normativa, assume certissimamente ruolo verticistico all'interno dell'organizzazione nella sua interezza o di una unità produttiva. Semmai, le difficoltà potranno riguardare, di fatto, la classificazione come datore di lavoro di uno o più soggetti della struttura organizzata, specialmente in presenza di macro-organizzazioni.

Limitandosi qui al datore di lavoro privato, questi è definito come «*il soggetto 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*» (art. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008).

La sua posizione di garanzia di livello apicale può derivare, come ricordato, da

¹⁹ Sulla nozione "previa" (ovverossia di matrice economico-aziendale) di unità organizzativa "autonoma", G. D'Onza, sub *artt. 5, 6 e 7*, cit., 302 ss.

una investitura formale, oppure dall'esercizio di fatto dei poteri decisionali e di spesa riferibili alla figura datoriale (art. 299 d.lgs. n. 81/2008).

Certa la sua natura verticistica, le difficoltà potranno riguardare, semmai, la concreta *identificazione* del soggetto o dei soggetti ai quali, in una specifica struttura organizzata, spetti la qualifica datoriale; ovvero, a un livello ancora maggiore di complessità dell'accertamento, attesa la struttura intrinsecamente *relazionale* della colpa nei contesti organizzati, difficoltà possono derivare nei non infrequenti casi in cui si dubiti se il reato colposo presupposto sia stato commesso dal datore o non invece da un altro soggetto (es. preposto, lavoratore), inserito ad un diverso livello nella compagine organizzativa²⁰.

L'individuazione del soggetto o, non poche volte, dei diversi soggetti che rivestono la qualifica datoriale all'interno di una compagine (si pensi ai componenti di organi collegiali aventi poteri datoriali) è operazione non sempre di facile esperimento, specialmente, in prospettiva per lo più sincronica, nelle realtà organizzative maggiormente complesse; oppure, in prospettiva diacronica, in relazione a danni protratti o differiti derivanti da esposizioni seriali, in presenza di una successione di garanti.

Non possiamo qui soffermarci su tali difficoltà di identificazione, vitali sul piano del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale. Basterà tenere a mente che queste difficoltà hanno ricadute anche sui criteri di imputazione della responsabilità all'ente, allorché l'autore, della cui qualifica datoriale si dubiti, abbia commesso uno dei delitti presupposto richiamati dall'art. 25-*septies*. Né le stesse difficoltà trovano necessaria soluzione mediante una "sucedanea" qualificazione dell'autore – se non come datore, almeno, in termini "surrogati" – come dirigente: specialmente se si dà credito alle opinioni che mettono in luce le possibili ambiguità che circondano la pretesa riconducibilità automatica della figura dirigenziale al ruolo apicale.

Vediamo più da vicino, allora, la qualificazione attribuibile a questo *alter ego* del datore.

4.2. Ai fini dei meccanismi di attribuzione della responsabilità all'ente collettivo, solitamente si accomuna al datore anche il dirigente, riconoscendo in entrambe le figure quei connotati direttivi tipici del livello apicale²¹.

²⁰ Per esplicazioni e riferimenti, si consenta di rinviare a D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 329 ss.

²¹ Cfr., ad es., P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *RASE* 2008 (2), 62; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *RIDPP* 2009, 699 s.; E. Amati, *La responsabilità degli enti per i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro*, in *Norme penali e processuali*, a cura di G. Insolera, in *La nuova sicurezza del lavoro*, III, diretto da L. Montuschi,

In questo senso sembra deporre anche il tradizionale modo di intendere il dirigente: come una sorta di *alter ego* del datore di lavoro. Più precisamente, sembra decisiva la grande estensione dell'obbligo di sicurezza che grava sul dirigente, esattamente coincidente con il novero degli obblighi condivisi/non esclusivi/delegabili del datore, fatta eccezione, cioè, per quelli che al garante principale sono attribuiti in via esclusiva: valutazione del rischio, elaborazione del documento di valutazione del rischio, designazione di un RSPP.

Come anticipato, tuttavia, il dirigente – proprio in virtù della sua definizione normativa come «*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*» (art. 2, lett. d, d.lgs. n. 81/2008) – sembra rappresentare una figura dai connotati potenzialmente più ambigui ai fini del suo inquadramento come apicale oppure come sottoposto all'altrui potere di direzione o di vigilanza. Per dirla in modo diverso, la figura dirigenziale si muove nella “zona d'ombra” o nel margine “di indeterminazione” della norma che definisce i soggetti apicali; al contrario della figura datoriale, che si colloca, invece, nell'area di significanza propria del “nucleo centrale” della stessa norma.

In altri termini, a seconda che, nel contesto della formulazione definitoria della figura dirigenziale, si valorizzi il profilo del dovere/potere di organizzazione e vigilanza sull'attività lavorativa, ovvero, in alternativa, quello di (mera) attuazione delle direttive ricevute dal livello datoriale, può cambiare la classificazione della figura dirigenziale in termini, rispettivamente, di apicale o di subordinato.

Si aggiunga che le qualifiche contenute nel c.d. testo unico della sicurezza del lavoro – e, tra queste, quella dirigenziale – sono qualifiche a fini “prevenzionistici”: non c'è necessaria coincidenza con la nozione “lavoristica” di dirigente, ai fini, ad esempio, dell'inquadramento nelle classi stipendiali, etc. Ne consegue che, formalmente, potrebbe trattarsi anche di un lavoratore autonomo: ad esempio un consulente-dirigente per la sicurezza del lavoro.

Ne deriva, secondo questa condivisibile linea di pensiero²², che la soluzione più corretta parrebbe quella di una verifica caso per caso, diretta a valutare se il dirigente a fini prevenzionistici, resosi autore del delitto colposo d'evento, sia davvero dotato di

Bologna 2011, 58; M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, Padova 2014, 848; G. De Simone, sub art. 5, cit., 108. In senso opposto, valorizzando il fatto che le funzioni attribuite *per definitionem* al dirigente consistono nella mera attuazione delle direttive datoriali, P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *IP* 2009, 523.

²² Sulla quale cfr. P. Veneziani, in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino 2010, 115; A. Bernasconi, *La responsabilità dell'ente. I criteri di imputazione. Il gruppo di imprese*, in *Manuale della responsabilità degli enti*², a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, Milano 2018, 77.

funzioni riconducibili all'art. 5, lett. a: cioè *se svolga funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa; o se eserciti, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente stesso*. I connotati disegnati dalla lett. a dell'art. 5, restituiscono, invero, la figura di un organo autenticamente di vertice – un *soggetto economico*, secondo la già evocata nozione economico-aziendale – rispetto al quale risulti credibile quella *immedesimazione organica*, produttiva di una identificazione tra individuo ed ente, solitamente ritenuta alla base del rigoroso criterio di attribuzione della responsabilità stabilito dall'art. 6 d.lgs. 231 per i soggetti apicali. Connotati verticistici che non necessariamente e non sempre sono rinvenibili nella figura del dirigente a fini prevenzionistici: la realtà imprenditoriale conosce situazioni assai variabili, nelle quali sembra tutt'altro che rara l'ipotesi di un dirigente per la sicurezza del lavoro privo dei caratteri funzionali (di rappresentanza, amministrazione o direzione) oppure dei poteri (di gestione e controllo) tipici della figura apicale.

Del resto, contrariamente al datore, il cui ruolo di garante per la sicurezza ha latitudine più generale (o coincidente con l'unità produttiva), l'estensione della posizione di garanzia del dirigente è necessariamente parametrata al *set* di competenze a lui attribuite nell'organizzazione aziendale o dal medesimo esercitate di fatto. Estensione della *Garantenstellung* che dipende dal livello, in verticale, e dal settore, in orizzontale, in cui il soggetto con qualifica dirigenziale esplica le sue funzioni connesse alla gestione di rischi lavorativi.

Anche sotto questo profilo, dunque, l'attribuzione al dirigente per la sicurezza del lavoro della qualifica di apicale o soltanto di subordinato, ai fini della responsabilità dell'ente, non può che dipendere dal riscontro circa la effettiva presenza dei rispettivi requisiti richiesti dalle due lettere dell'art. 5.

Un rilievo di certo non trascurabile sul corretto inquadramento del dirigente come apicale o subordinato potrà poi assumere anche la presenza o meno a suo favore di una delega di funzioni (ci torneremo).

Una questione diversa – che conviene qui soltanto ricordare per la sua attinenza al tema della colpa organizzativa secondo i due paradigmi parzialmente differenziati formulati agli artt. 6 e 7 – è quella della possibilità che la figura dirigenziale entri a far parte dell'organismo di vigilanza (OdV) previsto dall'art. 6. Premesso che la effettiva composizione dell'OdV è essenziale affinché il modello di organizzazione possa ritenersi efficacemente attuato – poiché lo stesso organismo deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, liberi da condizionamenti e interferenze – la giurisprudenza ha ritenuto che tale autonomia difetti nel caso del dirigente (dell'area ecologia, ambiente e sicurezza) chiamato a farne parte, per l'evidente conflitto di interessi conseguente alla sovrapposizione di ruoli tra controllori e controllati. Di più:

una tale contemporanea duplicazione di ruoli denoterebbe la propensione verso la configurazione del modello in termini burocratici e di facciata, e non di effettività preventiva²³.

4.3. La necessaria distinzione tra soggetti apicali e soggetti subordinati non può prescindere – come anticipato – dal significato da attribuire alla circostanza che il delitto colposo presupposto sia stato commesso non da un garante originario, bensì da un soggetto delegato. Assume pertanto speciale rilevanza, quale possibile fattore dinamico di identificazione, la questione della «incidenza della delega di funzioni sulla qualifica soggettiva dell'autore»²⁴.

Al conferimento della delega di funzioni procede (normalmente) il datore di lavoro²⁵, o comunque un soggetto posto *in apicibus*. Le cose possono stare diversamente in relazione al conferimento di una subdelega (art. 16, comma 3-bis, d.lgs. n. 81/2008), che, a seconda dei casi, può essere attribuita da un soggetto apicale (es. un dirigente-delegato avente i requisiti richiesti dalla lett. a dell'art. 5) o da un subordinato individuato ai sensi della lett. b del medesimo articolo.

La questione più rilevante riguarda la qualifica da attribuire al delegato o al subdelegato ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente collettivo. In altre parole, l'interrogativo riguarda la possibile *metamorfosi* del soggetto subordinato in soggetto apicale, una volta ricevuta la delega. Ovviamente, la questione non avrebbe più importanza nel caso in cui il delegato fosse già inquadrabile – *ab origine* e indipendentemente dalla delega ricevuta – tra le figure apicali ai sensi dell'art. 5, lett. a, per via del complesso dei poteri a lui attribuiti in via originaria o per l'esercizio di fatto di poteri corrispondenti.

In dottrina si registrano sulla questione opinioni contrastanti.

Così, vi è chi attribuisce al trasferimento di funzioni un automatico effetto costitutivo della qualifica apicale, con la conseguenza che il delegato sarebbe sempre un apicale. Si ritiene infatti che, in presenza di tale atto, «l'ente risponderà dei reati

²³ In tal senso le sentenze di merito della vicenda *ThyssenKrupp*, così come riassunte e confermate sul punto da quella di legittimità: Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, *Espenhahn*, cit. Cfr. anche le *Linee guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, approvate il 7.3.2002 (aggiornate nel 2014), 58. Per approfondimenti sui caratteri di autonomia e indipendenza e sulla composizione dell'OdV, per es., A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli 2019, 60 ss.

²⁴ G. De Simone, sub art. 5, cit., 109 s. Per un quadro complessivo delle variabili capaci di imprimere dinamismo alla distinzione qui esaminata, cfr. *supra*, § 3.

²⁵ Così, letteralmente, l'art. 16, comma 1 («La delega di funzioni da parte del datore di lavoro [...]»), comma 3 («La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro [...]») e comma 3-bis («Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro [...]»); nonché l'art. 17, comma 1 («Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività [...]») del d.lgs. n. 81/2008.

puniti dall'art. 25-septies *sempre* in base al meccanismo soggettivo di imputazione dettato dall'art. 6»: sia quando il delegato fosse già qualificabile come apicale in via originaria; sia allorché lo stesso fosse *ab origine* un sottoposto, poiché, in questo secondo caso, sarà la delega, avente necessariamente ad oggetto funzioni apicali, a fargli assumere il ruolo di vertice proprio dell'immedesimazione organica²⁶.

Vi è chi, all'opposto, ritiene che, nell'ipotesi di reato commesso nell'esercizio di poteri delegati, debba sempre trovare applicazione l'art. 7: essendo il subordinato per definizione un soggetto *sottoposto all'altrui direzione o vigilanza*, e imponendo la delega un *obbligo di vigilanza* in capo al datore-delegante sul corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, ne conseguirebbe che il delegato è sempre un sottoposto²⁷.

Altri, poi, patrocinando un'opinione intermedia e di compromesso, obietta che nessuna delle due posizioni opposte coglie nel segno, peccando per eccesso la prima (il delegato è sempre un apicale) e per difetto la seconda (il delegato non è mai un apicale). A voler aderire alla prima tesi – si argomenta –, essendo la delega di funzioni un ordinario e quasi onnipresente meccanismo organizzativo in materia di sicurezza del lavoro, la responsabilità degli enti collettivi per i delitti colposi richiamati dall'art. 25-septies seguirebbe, in presenza di una (quasi immancabile) delega all'autore, sempre il rigido automatismo di imputazione previsto dall'art. 6. La seconda tesi – si aggiunge – sembra sopravvalutare il requisito della soggezione all'altrui vigilanza, poiché, se applicato coerentemente, porterebbe, per esempio, ad escludere la natura apicale di un amministratore delegato, in quanto sottoposto al controllo del consiglio di amministrazione. La soluzione proposta, allora, è quella di attribuire al giudice, caso per caso, il compito di «saggiare l'effettiva natura delle funzioni delegate, per sciogliere il dilemma circa la qualifica di 'apicale' ovvero di 'subordinato' del soggetto attivo» del delitto colposo, in modo da evitare forme di automatica *apicalità* del delegato²⁸. Ne deriva, in via esemplificativa, che le funzioni trasferite nell'ambito di una subdelega ben potrebbero riguardare poteri non necessariamente espressivi della qualifica datoriale/apicale, ma essere riconducibili a quella del subordinato; oppure che le attribuzioni concretamente trasferite mediante una delega non corrispondano alle funzioni di gestione, direzione e controllo tipiche dei ruoli di vertice.

Una versione leggermente diversa della terza posizione – condivisa l'esigenza di evitare automatismi di ogni segno (“al rialzo” come “al ribasso”), ma rifiutando una

²⁶ T. Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Milano 2010, 56 s.

²⁷ C. Brusco, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *GM* 2008, 2769.

²⁸ 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 *RIDPP* 2010, 1139.

logica “atomistica” del caso per caso che «valorizzi in via pressoché esclusiva il modo di essere della delega *hic et nunc*» – suggerisce che si possa «rinvenire già nella lettera della legge un elemento potenzialmente idoneo a ad orientare la valutazione giudiziale». Segnatamente, nel disposto dell’art. 6, comma 2, d.lgs. 231, a mente del quale è, innanzi tutto, nel modello di organizzazione e di gestione che deve essere rinvenuta l’estensione dei poteri delegati in relazione a tutti gli aspetti rilevanti ai fini della delega: dall’ambito delle attività delegate alla gestione delle risorse finanziarie, dalla vigilanza sull’osservanza del modello medesimo al sistema disciplinare²⁹.

In altri termini, come più volte si è fin qui argomentato, la qualifica dell’autore del delitto colposo come apicale o subordinato finisce per dipendere dalla concretezza delle funzioni possedute in via originaria o trasferite a mezzo delega. Con riferimento a quest’ultima situazione, la classificazione del delegato dipenderà dall’estensione dei poteri delegati così come desumibile anche dal modello organizzativo adottato ed attuato in concreto.

Alla luce di tale generale criterio “effettuale”, non può essere condivisa l’affermazione secondo la quale il dirigente destinatario di delega sia necessariamente da ritenersi soggetto apicale poiché tra le condizioni della delega – ai sensi dell’art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 – vi è l’attribuzione al delegato di «tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate», nonché della «autonomia di spesa necessaria» allo svolgimento delle stesse³⁰. Va invece ribadito che la qualificazione come apicale dipende – oltre che dai poteri posseduti *ab origine* – dalla concreta estensione delle (specifiche) funzioni effettivamente trasferite: i poteri di organizzazione, gestione e controllo ai quali si riferisce il menzionato art. 16 sono, infatti, solo quelli collegati alla «specifica natura delle funzioni delegate».

4.4. La definizione normativa di preposto – quale *persona che sovrintende all’attività lavorativa e garantisce l’attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa* (art. 2, lett. e, d.lgs. n. 81/2008) – ne consente l’inquadramento in termini di soggetto sottoposto alla direzione o vigilanza da parte dei vertici dell’organizzazione aziendale (art. 5, lett. b, d.lgs. n. 231/2001).

Benché anche il preposto sia dotato di poteri direttivi (in questo senso, del resto, in maniera esplicita, l’art. 299 del d.lgs. n. 81, in tema di “esercizio di fatto”), questi sono per definizione limitati alla fase esecutiva dell’attività lavorativa: si tratta, invero, di figura che fa da cerniera, sul piano dell’organizzazione della sicurezza, tra il livello

²⁹ G. Morgante, op. cit., 485 s.

³⁰ In questo senso, invece, S. Delsignore, *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale. Diritto penale del lavoro*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2015, 400.

datoriale e dirigenziale, da un lato, e i lavoratori, dall'altro.

In caso di realizzazione del fatto colposo di connessione da parte del preposto, pare perciò obbligata, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente, la collocazione di questa figura di garante "intermedio" nell'ambito dei soggetti subordinati. A maggior ragione ove si propenda per il non automatico inquadramento quale apicale della superiore qualifica del dirigente, come veduto sopra.

Con la figura del preposto si ritorna, insomma, al "nucleo di chiarezza" delle norme che definiscono i requisiti dei soggetti capaci di implicare la responsabilità della persona giuridica: con la conseguenza di una agevole "sussumibilità" del preposto nella "zona centrale" della norma desumibile dall'art. 5, lett. b, poiché è possibile riconoscervi i tratti del soggetto sottoposto al potere di direzione e di vigilanza esercitato dai vertici.

4.5. Tra i soggetti che possono commettere uno dei delitti colposi d'evento che fanno da presupposto alla responsabilità dell'ente collettivo di appartenenza vi è anche il lavoratore, nell'ampia nozione desumibile alla luce della definizione formulata all'art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008.

Nonostante la giurisprudenza tenda comunque ad attribuire la responsabilità esclusivamente al datore di lavoro, anche in caso di evento determinato da gravi contegni colposi del lavoratore, non vi è dubbio che questi, oltre a rappresentare il principale beneficiario della tutela sul luogo di lavoro, sia anche destinatario di significativi obblighi di protezione nei confronti dei colleghi e dei terzi (art. 20 del d.lgs. n. 81/2008)³¹.

Quale possibile autore (eventualmente, anche in concorso con il datore o con altra figura di garante) di un omicidio colposo o di lesioni colpose derivanti da inosservanze in materia di sicurezza, il lavoratore potrebbe dunque innescare la responsabilità della *societas* secondo il modello di colpevolezza d'organizzazione e le connesse esimenti previsti per i fatti realizzati dai soggetti subordinati: ai sensi, dunque, del criterio soggettivo formulato all'art. 7.

In senso contrario, in dottrina, taluno ha suggerito che il soggetto sottoposto alla direzione e al controllo da parte degli apicali debba collocarsi in una posizione comunque prossima al vertice, immediatamente a ridosso di esso, tanto da essere in qualche misura assimilabile a questo dal punto di vista funzionale: una tale

³¹ Per la ricostruzione della questione e per i necessari riferimenti, D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza del lavoro. Auto-responsabilità o paternalismo penale?*, in *AP*, 2019, 1-18. Peraltro, si registra da ultimo in giurisprudenza qualche segnale incoraggiante nel senso di una maggiore attenzione ai profili relazionali della colpa, quindi all'accertamento, una volta esclusa l'ipotesi di interruzione del nesso causale, della possibile esclusione della colpa (e della colpevolezza colposa) del datore in presenza di una colpa del lavoratore: così, per es., con motivazione del tutto condivisibile, Cass. 16.4.2019 n. 32507 (rel. Di Salvo).

connotazione generale della nozione di subordinato escluderebbe dal proprio perimetro la figura del lavoratore così come definita alla lett. *a* dell'art. 2 d.lgs. n. 81, con conseguente insussistenza della responsabilità dell'ente in ipotesi di delitto colposo d'omicidio o lesioni realizzato da un lavoratore³².

Nondimeno, in assenza di chiari indici normativi in tal senso e in presenza invece di indicazioni che militano per l'attribuzione al lavoratore di un ruolo significativo nelle strategie di prevenzione in materia di salute e sicurezza, sembra doversi riconoscere allo stesso la qualifica di un soggetto sottoposto alla direzione e vigilanza da parte dei vertici, capace perciò di impegnare la responsabilità della *societas*, in caso di realizzazione del reato colposo presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, secondo il meccanismo soggettivo previsto dall'art. 7.

4.6. Proseguendo la rassegna dei soggetti responsabili in materia di sicurezza del lavoro, ai fini del loro inquadramento come apicali o subordinati, un cenno meritano anche i componenti del servizio di prevenzione e protezione (SPP), ossia «*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*» (art. 2, lett. *l*, d.lgs. n. 81/2008). Vengono in considerazione, quindi, il responsabile e gli addetti del SPP, disciplinato agli artt. 31 ss. dello stesso decreto n. 81.

Quanto alla prima figura, benché il responsabile (RSPP) non sia destinatario di obblighi di sicurezza sanzionati penalmente, è noto come la giurisprudenza prevalente – valorizzando le funzioni tecnico-consultive e propositive che caratterizzano la figura – affermi la configurabilità di una sua responsabilità penale colposa (più di frequente, ma non necessariamente, a titolo di concorso con il datore di lavoro) in caso di evento lesivo connesso a una mancata o cattiva esecuzione delle funzioni professionali affidategli³³.

Alla luce del d.lgs. n. 81/2008, ai fini dell'individuazione del responsabile del servizio quale possibile autore del delitto colposo d'evento presupposto della responsabilità dell'ente, viene in rilievo il possesso di capacità e requisiti professionali indicati all'art. 32 d.lgs. cit., funzionali all'espletamento di cruciali compiti relativi alla salute e sicurezza esplicitati al successivo art. 33, la cui omessa o maldestra esecuzione può configurare la colpa per inosservanza alla quale si riferisce l'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001. Sempre alla luce del dato definitorio, la qualificazione del responsabile alla stregua di soggetto subordinato (e non di apicale) si può desumere dal fatto che la

³² In tal senso, tra altri, N. Pisani, *La struttura dell'illecito e i criteri d'imputazione*, in *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro, A. Di Amato, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, X, diretto da A. Di Amato, Padova 2009, 94.

³³ Ad es., Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, *Espenhahn*, cit. (caso ThyssenKrupp).

figura in questione sia «designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione» (art. 2, lett. *f*, d.lgs. 81); nonché dalla esplicita precisazione secondo la quale il servizio «è utilizzato dal datore di lavoro» (art. 33, comma 3, d.lgs. 81).

Considerazioni almeno in parte analoghe valgono anche per l'addetto al servizio di prevenzione e protezione. In definitiva, in entrambe le figure sono riconoscibili i connotati del soggetto sottoposto – ai sensi dell'art. 5, lett. *b* – al potere di direzione e vigilanza da parte del soggetto datore/apicale.

Non pare rivestire importanza a questi fini la circostanza che il servizio di prevenzione e protezione possa essere *esterno* all'organizzazione aziendale: resta pur sempre ferma la soggezione al potere di direzione e vigilanza da parte del datore/apicale: come chiosa lo stesso legislatore, «Ove il datore di lavoro ricorra a persone o servizi esterni non è per questo esonerato dalla propria responsabilità in materia» (art. 31, comma 5, d.lgs. 81).

Altra questione – che merita qui di essere soltanto evocata, al pari di quella analoga e già ricordata riguardante la figura dirigenziale – concerne la possibilità che il responsabile e/o gli addetti al servizio facciano parte dell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 231: una tale possibilità è solitamente negata in dottrina, nonché dalle già citate *Linee guida di Confindustria* del 2002 (aggiornate nel 2014), dove si legge: «in relazione alla prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, è da escludere la conferibilità del ruolo di Organismo di controllo al 'responsabile del servizio di prevenzione e protezione' di cui al decreto 81 del 2008». È evidente – prosegue il documento – «come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende ovvero, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti di tali gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola»³⁴. Con l'inserimento del responsabile o degli addetti del servizio di prevenzione e protezione nella composizione dell'OdV si rischierebbe, dunque, ancora una volta, una confusione tra controllante e controllato³⁵.

4.7. Altro soggetto che, in concorso con il datore di lavoro o a titolo monosoggettivo, può rendersi colpevole di uno dei delitti colposi qui esaminati nella prospettiva della responsabilità della persona giuridica, è il medico competente. Questi è definito come il *medico, in possesso dei titoli e dei requisiti formativi e*

³⁴ *Linee guida di Confindustria*, cit., 62 s.

³⁵ Sulla questione, per tutti, A.S. Valenzano, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza*, cit., 118 ss.

professionali richiesti dalla legge, «che collabora [...] con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria [...]» (art. 2, lett. h), ovvero «l'insieme degli atti medici, finalizzati alla tutela dello stato di salute e sicurezza dei lavoratori, in relazione all'ambiente di lavoro, ai fattori di rischio professionali e alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa» (art. 2, lett. m, d.lgs. 81/2008).

Mentre è comunque da escludere la possibilità di qualificare il medico competente come soggetto apicale, capace di immedesimazione organica con l'ente collettivo, assume profili problematici la possibilità di inquadrare tale figura come “subordinato” nelle ipotesi in cui lo stesso svolga la propria opera in qualità – non di dipendente del datore di lavoro, bensì – di libero professionista ovvero di dipendente o collaboratore di una struttura esterna pubblica o privata, convenzionata con l'imprenditore (art. 39, comma 2, d.lgs. n. 81/2008).

La linea interpretativa maggioritaria inquadra il medico competente come un soggetto sottoposto al potere di direzione e di vigilanza da parte del datore/apicale: e questo anche nelle ipotesi in cui il medico competente non sia un dipendente, ma un soggetto vincolato tramite un rapporto di collaborazione esterna.

Come sempre, ciò che assume importanza è la sostanza del rapporto: benché quello tra il datore e il medico competente sia «improntato più a moduli di dipendenza funzionale che di dipendenza gerarchica, con ampi margini di autonomia non solo valutativa in capo al secondo»³⁶, sembrano rilevanti, ai fini della verifica da parte del giudice circa l'inquadramento dello stesso come subordinato, le circostanze che il medico collabori con il datore di lavoro e sia nominato dallo stesso.

4.8. Ulteriori destinatari della normativa sulla tutela della salute e della sicurezza, dalle cui inosservanze potrebbero derivare i delitti colposi di omicidio e lesioni rilevanti per la responsabilità dell'ente collettivo, sono identificabili tra soggetti esterni alla compagine aziendale, ovvero estranei al «complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato»: così è definita l'azienda dall'art. 2, lett. c, d.lgs. n. 81/2008.

Vengono cioè in considerazione i progettisti dei luoghi di lavoro e degli impianti (art. 22), i fabbricanti e i fornitori di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuali e impianti (art. 23), gli installatori e montatori di impianti, attrezzature di lavoro e altri mezzi tecnici (art. 24 d.lgs. 81), i quali tutti sono chiamati al rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Ove dall'inosservanza di tali norme derivino causalmente gli eventi lesivi che connotano i delitti colposi richiamati dall'art. 25-septies, è ipotizzabile una

³⁶ S. Delsignore, *Responsabilità da reato delle persone giuridiche*, 402.

responsabilità in capo all'ente collettivo di appartenenza dell'autore. La classificazione come apicale o subordinato di tale soggetto, estraneo alla struttura lavorativa organizzata nella quale si verifica l'evento lesivo, ma "interno" alla compagine aziendale di appartenenza, va quindi operata in relazione a quest'ultima. In sostanza, l'inquadramento nella figura descritta dalla lett. *a* oppure, in alternativa, in quella descritta dalla lett. *b* dell'art. 5 d.lgs. 231 dipenderà, come sempre, dalle funzioni concretamente svolte dal progettista, fabbricante, fornitore, installatore o montatore autore del reato presupposto all'interno dell'ente che ha provveduto o partecipato alla progettazione, fabbricazione, fornitura, installazione o montaggio dell'impianto, del dispositivo o dell'attrezzatura di lavoro.

4.9. Infine, una responsabilizzazione dell'ente collettivo è altresì configurabile allorquando il delitto colposo presupposto sia commesso, mediante violazione delle norme in materia di salute e sicurezza, da soggetti diversi dalle "figure generali" di garanti previste dalla disciplina "di base", e fin qui considerati.

Si pensi, in particolare, ai destinatari degli obblighi specifici in materia di sicurezza nei cantieri e nei lavori in appalto, ovvero al committente, al responsabile dei lavori, ai coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Senza qui potersi attardare oltre, ci si limita a ribadire che ognuna di queste figure di possibili autori dei delitti colposi in esame dovrà in ogni caso essere classificabile come apicale o subordinato ai fini dell'attribuzione di responsabilità all'ente collettivo, e ciò sulla base della peculiare normativa in materia e, quindi, in funzione della presenza o meno dei caratteri dai quali dipende la possibile immedesimazione organica corrispondente ai ruoli di vertice.

5. La rassegna che precede è funzionale alla corretta qualificazione delle molteplici figure di "garanti" della sicurezza sui luoghi di lavoro allorquando venga in considerazione una possibile responsabilità della *societas* per il delitto colposo d'evento.

L'arricchimento del catalogo dei reati presupposto mediante inclusione di questi delitti ha, come noto, sollecitato sin da subito l'attenzione degli interpreti sulla questione manifestatasi come più macroscopica: quella, cioè, della compatibilità tra il criterio colposo d'imputazione individuale e il requisito dell'interesse o vantaggio quale canone di attribuzione della responsabilità collettiva. Non minore importanza, per lo meno in pratica, assume tuttavia la esatta riconducibilità dei singoli garanti della sicurezza alle diverse figure soggettive capaci di implicare la responsabilità dell'ente.

Sebbene la responsabilità della *societas* sembri avere alla base un paradigma strutturalmente unitario di imputazione soggettiva, identificabile nella colpa

d'organizzazione, sono fin troppo note le differenti modalità di articolazione della responsabilità – apprezzabili, se non altro, sul piano dell'onere probatorio – in funzione della riconoscibilità o meno, nella persona fisica autrice del reato, delle sembianze di un soggetto di vertice, vale a dire un “soggetto economico” rispetto al quale sia ancora predicabile la *fictio* dell'immedesimazione organica.

Si può solo osservare, prima di concludere, che la corretta distinzione del ruolo delle persone fisiche che delinquono all'interno di una compagine organizzata si inserisce, sul piano sistematico, all'interno delle questioni che riguardano, per l'appunto, l'*individuazione dei soggetti responsabili penalmente*. Un capitolo che sembra conoscere una rinnovata attenzione, sia teorica che pratica, proprio in relazione alle ipotesi di responsabilità penale *nelle* organizzazioni complesse, specialmente dopo la già menzionata pronuncia delle Sezioni unite della suprema Corte nel caso ThyssenKrupp³⁷. Anche, e in particolare, là dove esista una diffusa e dettagliata disciplina orientata a selezionare i singoli garanti, come tipicamente avviene in tema di sicurezza del lavoro.

È un *mood*, anche giurisprudenziale, improntato a un maggiore sforzo selettivo e che, sebbene ancora in fase iniziale, va salutato con favore e certamente incoraggiato, per i suoi possibili effetti benefici in termini di rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. L'auspicio è che, sempre più, un tale impegno selettivo si spinga oltre le opere della dottrina e le statuizioni più attente delle magistrature superiori, divenendo patrimonio comune di cultura giuridica nella quotidiana pratica giudiziaria.

Metaforicamente: che la personalità della responsabilità penale sia non soltanto l'abito buono della domenica, ma un vestito di tutti i giorni.

³⁷ Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, *Espenhahn*, cit., 101-117. Per talune “ascendenze teoriche” delle sofisticate argomentazioni spese dalla pronuncia sul tema della selezione dei soggetti responsabili o “garanti” – identificabili alla luce del criterio della *competenza* per la gestione del rischio specifico concretizzatosi nell'evento – si può fare riferimento agli svolgimenti e riferimenti contenuti in A. Gargani, «Ubi culpa ibi omissio». *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *IP* 2000, 581 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Milano 2004, 483 ss.; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, *passim*; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 193 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia* 2015, 509 ss.; A. Nisco, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni Unite Thyssenkrupp*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, a cura di F. Curi, Bologna, 2016, 163 ss.; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., 533 ss.