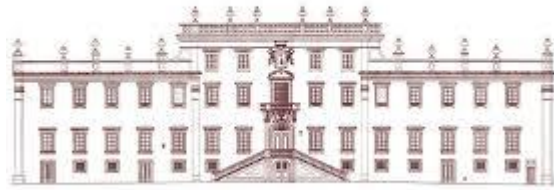


SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

STRUTTURA TERRITORIALE DI FIRENZE

***Le posizioni di garanzia in materia di sicurezza sul lavoro***

*Nuovo Palazzo di Giustizia di Firenze, Sala Adone Zoli*

*Lunedì 8 ottobre 2018, ore 15.00÷18.00*

***“Il garante di fatto”***

**Lorenzo Gestri**

*Sost. Proc. presso la Procura della Repubblica di Prato*

## 1. LA CENTRALITÀ DELLA TEMATICA INVESTIGATIVA E PROCESSUALE DELLE POSIZIONI DI GARANZIA NEL VIGENTE SISTEMA PREVENZIONISTICO

La tematica dell'individuazione delle posizioni di garanzia nel vigente sistema prevenzionistico, da un lato, costituisce una delle più interessanti questioni di interesse teorico nella materia penale della sicurezza sul lavoro, dall'altro, riveste straordinaria portata pratica ai fini dell'applicazione concreta delle sanzioni, previste dalle violazioni poste a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro.

La normativa prevenzionistica si caratterizza, infatti, per essere informata al *principio della tutela del lavoratore*, interesse costituzionalmente protetto (artt. 32, 35, 41 Cost.), con l'obiettivo di realizzare le condizioni di prevenzione dal rischio lavorativo.

Il datore di lavoro, e più in generale il *titolare della posizione di garanzia*, diventa in detto contesto il principale *debitore del sistema di sicurezza*, ossia colui che deve realizzare in concreto le condizioni per eliminare, o quanto meno ridurre al minimo, il rischio lavorativo, il potenziale verificarsi di situazioni di danno per il lavoratore impiegato nel sistema produttivo da lui diretto e gestito.

In tal senso il concetto di *posizione di garanzia* rileva anche al fine di meglio definire il confine della presente relazione.

La posizione di garanzia sta ad identificare il *destinatario del precetto penale prevenzionistico*. Il titolare della posizione di garanzia è il soggetto agente del reato, colui che è chiamato a rispettare gli obblighi nascenti dalla norma posta a tutela del bene giuridico, in genere la tutela del lavoratore da rischi di danno connessi allo svolgimento della prestazione d'opera. Tale espressione non deve essere confusa con il concetto di *posizione di garanzia*, di cui si fa tradizionalmente uso nel diritto penale sostanziale, ed applicazione nella quotidiana prassi processuale, con riguardo ai reati omissivi impropri, in forza del disposto di cui all'art. 40 co.2° c.p. Nei reati omissivi impropri, infatti, come noto viene in rilievo la mancata realizzazione di un'azione che poteva essere legittimamente pretesa da un soggetto garante. In tal caso la condotta acquisisce rilevanza sotto il profilo causale solo con riferimento a quei soggetti che rivestono una posizione di garanzia, ovvero coloro che hanno un obbligo di evitare il verificarsi del fatto giuridico, in virtù della particolare relazione che li lega al bene giuridico. Soltanto qualora l'agente abbia un obbligo giuridico di impedire l'evento si crea una corrispondenza tra il non impedire ed il cagionare l'evento. Ciò rende evidente il diverso significato con cui qui si farà riferimento al soggetto garante o, come si preferisce, alla posizione di garanzia.

Il titolare della posizione di garanzia nel sistema prevenzionistico, infatti, può ben essere chiamato a rispondere non solo per violazioni di condotte omissive, sia proprie che improprie, ma anche di condotte commissive, essendo appunto il destinatario del precetto penale, la cui costruzione dipende di volta in volta dalla scelta di tradurre in norma concreta la politica legislativa di tutela dal rischio lavorativo.

In tal senso si spiega meglio anche il senso e la portata dell'espressione con cui si è aperta questa premessa, ossia il rilievo che la tematica dell'individuazione dei soggetti responsabili assume sotto il profilo dell'applicazione pratica delle norme. Tutta la normativa prevenzionistica penale si caratterizza, infatti, per essere costituita da reati propri, rispetto ai quali la qualificazione del soggetto attivo diviene elemento costitutivo della stessa fattispecie.

In altre parole, i precetti in materia antinfortunistica hanno come destinatari una cerchia selezionata di soggetti. La compiuta e corretta determinazione dell'elemento personale, ossia l'individuazione del soggetto attivo del reato proprio, diventa pertanto momento prodromico all'applicazione delle fattispecie poste a tutela penale del lavoro, proprio perché le stesse sono costruite attraverso uno specifico rapporto e legame fra bene tutelato e soggetto qualificato, titolare della posizione di garanzia.

Le suddette considerazioni consentono anche di delineare meglio quali saranno i confini del presente lavoro, specificando in particolare a *quale titolare* della posizione di garanzia si farà riferimento, ossia colui che è responsabile dell'attività di *impresa privata*. Non solo. Le coordinate della posizione di garanzia delineate dal sistema prevenzionistico a cui si farà specifico riferimento, sia in termini dogmatici, che nell'analisi delle questioni poste dalla prassi applicativa, sono quelle dei "debitori di sicurezza" *interni all'impresa*, definite in relazione cioè al "luogo di lavoro" e di svolgimento dell'attività produttiva. Ne consegue, che non verrà trattata la posizione di soggetti che, *seppur titolari di obblighi di sicurezza e come tali titolari di posizione di garanzia*, nonché interagenti in via naturale con il sistema impresa, risultino

rispetto ad essa – intesa come luogo fisico di svolgimento dell'attività produttiva - soggetti *esterni*, quali i progettisti (art. 22 dlgs.81/2008)<sup>1</sup>, i costruttori e venditori (art. 23 dlgs.81/2008)<sup>2</sup>, gli installatori (art. 24 dlgs. 81/2008)<sup>3</sup> e i manutentori<sup>4</sup>.

Ed ancora. All'interno dell'impresa, la posizione di garanzia cui si farà riferimento quale principale debitore di sicurezza e garante del rischio lavorativo è senza dubbio il datore di lavoro, accanto al quale possono in concreto operare, in relazione alla specificità dell'impresa oggetto di analisi, i suoi più stretti collaboratori, fra cui il vigente T.U. ha positivamente il ruolo del *dirigente e del preposto*. Invero, proprio prendendo le mosse dal nuovo modello della prevenzione infortuni e malattie delineato dal vigente sistema normativo di sicurezza sul lavoro, deve sottolinearsi come il datore di lavoro sia chiamato a individuare e valutare i rischi lavorativi, identificare i soggetti esposti a rischio lavorativo, adottare soluzioni per ridurre detti rischi, nonché proteggere i lavoratori, anche informandoli, formandoli, addestrandoli nonché verificandone lo stato di salute. Tutto ciò può avvenire anche con l'attiva collaborazione di altre figure, fra le quali *il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*<sup>5</sup>, *il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e il medico competente* (art. 25 dlgs. 81/2008)<sup>6</sup>. Delle predette figure si segnala come, almeno il primo, seppur non astrattamente

1 Articolo 22 - Obblighi dei progettisti

1. I progettisti dei luoghi e dei posti di lavoro e degli impianti rispettano i principi generali di prevenzione in materia di salute e sicurezza sul lavoro al momento delle scelte progettuali e tecniche e scelgono attrezzature, componenti e dispositivi di protezione rispondenti alle disposizioni legislative e regolamentari in materia.

2 Articolo 23 - Obblighi dei fabbricanti e dei fornitori

1. Sono vietati la fabbricazione, la vendita, il noleggio e la concessione in uso di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuali ed impianti non rispondenti alle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro.
2. In caso di locazione finanziaria di beni assoggettati a procedure di attestazione alla conformità, gli stessi debbono essere accompagnati, a cura del concedente, dalla relativa documentazione.

3 Articolo 24 - Obblighi degli installatori

1. Gli installatori e montatori di impianti, attrezzature di lavoro o altri mezzi tecnici, per la parte di loro competenza, devono attenersi alle norme di salute e sicurezza sul lavoro, nonché alle istruzioni fornite dai rispettivi fabbricanti.

4 Codice Civile - Art. 1176 Diligenza nell'adempimento.

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

5 D.Lgs 81/2008 Articolo 2 – Definizioni: «responsabile del servizio di prevenzione e protezione»: persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'articolo 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

Ai compiti del RSPP meglio definiti in seguito dall'art. 33 del T.U. 81/2008 non corrispondono specifiche responsabilità penali. Seppur il legislatore non abbia previsto singole fattispecie di reato contravvenzionale, e pertanto non possa qualificarsi in astratto il RSPP come uno dei titolari della posizione di garanzia nel sistema prevenzionistico vigente, può comunque verificarsi il caso del coinvolgimento di tale figura in ipotesi di responsabilità per colpa, nella forma della cooperazione, con il datore di lavoro, come nei casi infortunio sul lavoro nei quali l'evento dannoso sia riconducibile ad un'area di rischio che il RSPP avrebbe dovuto individuare e segnalare al datore di lavoro quale suo "consulente", senza invece avere provveduto in tal senso.

D.Lgs. 81/2008 Articolo 33 - Compiti del servizio di prevenzione e protezione

1. Il servizio di prevenzione e protezione dai rischi professionali provvede:
  - a) all'individuazione dei fattori di rischio, alla valutazione dei rischi e all'individuazione delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, nel rispetto della normativa vigente sulla base della specifica conoscenza dell'organizzazione aziendale;
  - b) ad elaborare, per quanto di competenza, le misure preventive e protettive di cui all'articolo 28, comma 2, e i sistemi di controllo di tali misure;
  - c) ad elaborare le procedure di sicurezza per le varie attività aziendali;
  - d) a proporre i programmi di informazione e formazione dei lavoratori;
  - e) a partecipare alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nonché alla riunione periodica di cui all'articolo 35;
  - f) a fornire ai lavoratori le informazioni di cui all'articolo 36.
2. I componenti del servizio di prevenzione e protezione sono tenuti al segreto in ordine ai processi lavorativi di cui vengono a conoscenza nell'esercizio delle funzioni di cui al presente decreto legislativo.
3. Il servizio di prevenzione e protezione è utilizzato dal datore di lavoro.

6 Articolo 25 - Obblighi del medico competente

1. Il medico competente:
  - a) collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi, anche ai fini della programmazione, ove necessario, della sorveglianza sanitaria, alla predisposizione della attuazione delle misure per la tutela della salute e della integrità psico-fisica dei lavoratori, all'attività di formazione e informazione nei confronti dei lavoratori, per la parte di competenza, e alla organizzazione del servizio di primo soccorso considerando i particolari tipi di lavorazione ed esposizione e le peculiari modalità organizzative del lavoro. Collabora inoltre alla attuazione e valorizzazione di programmi volontari di "promozione della salute", secondo i principi della responsabilità sociale;
  - b) programma ed effettua la sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41 attraverso protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici e tenendo in considerazione gli indirizzi scientifici più avanzati;
  - c) istituisce, aggiorna e custodisce, sotto la propria responsabilità, una cartella sanitaria e di rischio per ogni lavoratore sottoposto a sorveglianza sanitaria; tale cartella è conservata con salvaguardia del segreto professionale e, salvo il tempo strettamente necessario per l'esecuzione della sorveglianza sanitaria e la trascrizione dei relativi risultati, presso il luogo di custodia concordato al momento della nomina del medico competente;
  - d) consegna al datore di lavoro, alla cessazione dell'incarico, la documentazione sanitaria in suo possesso, nel rispetto delle disposizioni di cui al decreto legislativo del 30 giugno 2003 n.196(N), e con salvaguardia del segreto professionale;
  - e) consegna al lavoratore, alla cessazione del rapporto di lavoro, copia della cartella sanitaria e di rischio, e gli fornisce le informazioni necessarie relative alla conservazione della medesima; l'originale della cartella sanitaria e di rischio va conservata, nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, da parte del datore di lavoro, per almeno dieci anni, salvo il diverso termine previsto da altre disposizioni del presente decreto;

titolare di una posizione di garanzia, può comunque essere chiamato a rispondere in cooperazione colposa con il datore di lavoro (o suoi collaboratori) dei danni cagionati dallo svolgimento del lavoro, in particolare laddove abbia, ad esempio, completamente omesso di segnalare un rischio, da cui è poi causalmente scaturito l'evento lesivo per il bene protetto. Si specifica poi, per mera completezza, che l'attuale sistema prevenzionistico ha assegnato addirittura al *lavoratore* il ruolo di destinatario del precetto penale. L'art. 59 comma 1° lett. a) sanziona, infatti, con il reato contravvenzionale il comportamento del lavoratore che violi gli obblighi sullo stesso gravanti in forza dell'art. 20 comma 2° lett. b), c), d), e), f), h), i), finendo per far assumere al lavoratore una posizione ibrida e composita, da un lato, di titolare di un "credito di sicurezza", che trova la sua naturale controparte contrattuale nel "debito di sicurezza" gravante sul datore di lavoro e sui suoi più stretti collaboratori, come vedremo dirigente e preposto e, dall'altro, di debitore egli stesso di sicurezza in quanto obbligato a prendersi cura oltre che della propria salute e sicurezza anche di quella "... *delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro*", di talché ne potrebbe in astratto conseguire un'ipotesi di coinvolgimento dello stesso, a titolo esclusivo (Cass. Pen., sez. IV, sent. 10712 del 19 marzo 2012)<sup>7</sup> o concorrente, nella responsabilità per il verificarsi di eventi lesivi in danno di propri colleghi<sup>8</sup>.

In definitiva, per successive approssimazioni viene così a delinarsi il perimetro entro cui verrà affrontata la tematica dell'individuazione delle posizioni di garanzia nel sistema vigente della sicurezza, ossia quello che ha come prospettiva di riferimento il settore dell'impresa (privata) - e non delle pubbliche amministrazioni (all'interno delle quali pur sempre viene individuato un "debitore di sicurezza") - e quello *interno* all'impresa, da intendersi delimitata come spazio fisico di svolgimento del lavoro e dell'attività produttiva. In tale contesto, le riflessioni che verranno di seguito svolte individueranno *nel datore di lavoro* la principale figura di riferimento, fermo restando che, seppur per difetto, molte delle considerazioni compiute per essa, varranno anche per le figure dei suoi più stretti collaboratori, *dirigente e preposto*. Tenuto conto, poi, che la ratio sottesa alla corretta individuazione della posizione di garanzia consiste nel far ricadere le conseguenze dannose del reato in materia di sicurezza sul lavoro su colui che ha l'obbligo giuridico di assolvere al debito di sicurezza, risulterà evidente che di tale obbligo dovrà farsi carico non soltanto colui che per legge è destinatario delle qualifiche organizzative - a vario livello - delle condizioni di lavoro (appunto datore di lavoro, dirigente e preposto), ossia i *garanti originari legali* (ed eventualmente il garante derivato "legalizzato", in forza di delega valida ed efficace), ma anche *coloro che di fatto si accollano e svolgono i poteri dei garanti di diritto*.

Sono proprio tali ultimi soggetti che rappresentano i garanti di fatto del sistema prevenzionistico.

- 
- f) Lettera soppressa dall'art. 15 del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106 g) fornisce informazioni ai lavoratori sul significato della sorveglianza sanitaria cui sono sottoposti e, nel caso di esposizione ad agenti con effetti a lungo termine, sulla necessità di sottoporsi ad accertamenti sanitari anche dopo la cessazione della attività che comporta l'esposizione a tali agenti. Fornisce altresì, a richiesta, informazioni analoghe ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
  - h) informa ogni lavoratore interessato dei risultati della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41 e, a richiesta dello stesso, gli rilascia copia della documentazione sanitaria;
  - i) comunica per iscritto, in occasione delle riunioni di cui all'articolo 35, al datore di lavoro, al responsabile del servizio di prevenzione protezione dai rischi, ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, i risultati anonimi collettivi della sorveglianza sanitaria effettuata e fornisce indicazioni sul significato di detti risultati ai fini della attuazione delle misure per la tutela della salute e della integrità psico-fisica dei lavoratori;
  - l) visita gli ambienti di lavoro almeno una volta all'anno o a cadenza diversa che stabilisce in base alla valutazione dei rischi; la indicazione di una periodicità diversa dall'annuale deve essere comunicata al datore di lavoro ai fini della sua annotazione nel documento di valutazione dei rischi;
  - m) partecipa alla programmazione del controllo dell'esposizione dei lavoratori i cui risultati gli sono forniti con tempestività ai fini della valutazione del rischio e della sorveglianza sanitaria;
  - n) comunica, mediante autocertificazione, il possesso dei titoli e requisiti di cui all'articolo 38 al Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

<sup>7</sup> La pronuncia ha ad oggetto la vicenda di un infortunio occorso ad un lavoratore dipendente di una ditta esecutrice di lavori edili. La Cassazione annulla la sentenza di condanna di merito del datore di lavoro valorizzando la condotta colposa del lavoratore come comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile, come tale abnorme, e per l'effetto non prevedibile dal datore di lavoro, al quale non poteva ritenersi attribuibile sotto il profilo colposo l'evento lesivo. In questo caso, in sostanza, l'obbligo di sicurezza di cui viene fatto carico al lavoratore - nel caso di specie anche persona offesa del reato ipotizzato - diviene parametro per escludere la responsabilità del datore di lavoro imputato.

<sup>8</sup> Vedasi Cass. Pen. Sez. IV, 20 febbraio 1989, n. 2807, in cui si afferma la responsabilità di un lavoratore alla guida di un carrello elevatore carico di legnami non vincolato al mezzo che, a causa della frenata, aveva determinato la caduta di parte del legname che aveva travolto un altro lavoratore presente determinandone la morte. Più in generale si osserva che la giurisprudenza si è occupata prevalentemente di casistica afferente ad un coinvolgimento del lavoratore nella catena di responsabilità colposa per il verificarsi di eventi lesivi ad altri lavoratori, nel settore della movimentazione e trasporto merci, nel settore cantieristico della macchine movimento terra.

## 2. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA PREVENZIONISTICA: DALLA NORMATIVA DI SETTORE ALLA NORMATIVA DI SISTEMA

L'ordinamento giuridico italiano sin dagli anni cinquanta si è caratterizzato per un articolato e complesso corpus normativo in materia prevenzionistica e di sicurezza. Accanto ad alcune norme di principio contenute nella Carta Costituzionale, quali gli artt. 32, 38 e 41<sup>9</sup> da un lato, e l'art. 2087 del Codice Civile, dall'altro, vi erano il d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547 "norme per la prevenzione infortuni sul lavoro" (integrato dal d.p.r. 19 marzo 1956, n. 302) e il d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303 "norme generali per l'igiene sul lavoro" - in attuazione della legge delega 12 febbraio 1955, n. 51 -, e la normativa settoriale, fra cui su tutte il d.p.r. 7 gennaio 1956, n.164 disciplinante "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni". Si trattava di normative caratterizzate oltre che per la compiuta definizione di obblighi specifici e di relative sanzioni, per l'identificazione dei soggetti destinatari di detti obblighi, fra cui emergevano proprio le figure di datore di lavoro, dirigente, preposto, oltre che di costruttori e venditori.

A partire dagli anni ottanta, a questo complesso normativo si è aggiunta la normativa di recepimento di alcune direttive europee, le c.d. *direttive della prima generazione*, fra cui ad esempio, le direttive quadro n.1107 del 1980, e la n.642 del 1988 per la protezione da agenti chimici, fisici e biologici, nonché direttive particolari n.605 del 1982, n.477 del 1983, n.188 del 1986 recepite dal d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277 e direttiva particolare n.364 del 1988, recepita dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 77.

Tratto comune di detta produzione normativa quello di aver disciplinato la materia della sicurezza sul lavoro mediante *norme specifiche*, tali cioè da imporre al datore di lavoro ed ai suoi collaboratori (come detto definiti sin da allora dirigenti e preposti), adempimenti e comportamenti puntualmente determinati.

Un siffatto sistema normativo si caratterizzava, in negativo, per l'incapacità di delineare un quadro d'insieme, idoneo ad inquadrare in via generale il sistema prevenzionale interno all'azienda, nell'ambito del quale le singole misure e cautele andassero inquadrate. La carenza di idea di sistema ha determinato per anni, sul piano della prassi applicativa, l'assegnazione di un ruolo centrale all'art. 2087 c.c., disposizione utilizzata proprio per la sua capacità di svolgere la funzione di *norma di chiusura del sistema*, tale cioè da non imporre adempimenti determinati, ma idonea a fissare gli obiettivi ultimi che la tutela legislativa intende conseguire, esigenza quest'ultima ancor più sentita e rilevante in ambito prevenzionistico e di sicurezza sul lavoro, destinato a regolamentare un settore caratterizzato da elevata specialità ed in continua evoluzione, rispetto al quale nessun testo normativo, per quanto puntuale, avrebbe potuto essere in grado di individuare tutti i possibili rischi da fronteggiare nell'ambito delle diverse organizzazioni produttive, al contempo prefigurandone anche le possibili e continue evoluzioni.

Ecco, dunque, che proprio perché la legislazione prevenzionistica speciale anteriore al d.lgs. n. 626/1994 si caratterizzava per la mancanza di norme generali, a contenuto elastico (a tal fine un ruolo limitato, ma senz'altro insufficiente, era assegnato agli artt. 4 sia del d.P.R. n. 547/1955, che del d.P.R. n. 303/1956), gli operatori del processo - pubblici ministeri e giudici - hanno per molti anni fatto ricorso nelle imputazioni e nelle motivazioni delle sentenze al disposto dell'art. 2087 c.c., assegnando alla norma in questione il delicato e fondamentale compito di sancire il *dovere generale di sicurezza*<sup>10</sup>, il tutto, peraltro, senza non poche difficoltà<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Il dovere di tutela del datore di lavoro nei confronti delle persone che lavorano alle sue dipendenze, nel luogo di lavoro da lui diretto ed organizzato, ha una portata generale e conformante gli obblighi specifici in materia di sicurezza sul lavoro. Esso trova suo fondamento costituzionale e, precipuamente, deriva dagli artt. 2, 32 e 41 Cost che sanciscono, rispettivamente, il principio di solidarietà, il diritto alla salute e la libertà dell'iniziativa economica privata (che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana). Si legge nella sentenza n. 41985/2003: "La conoscenza e il rispetto delle norme antinfortunistiche costituisce per l'imprenditore la manifestazione più significativa del rispetto del dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 della Carta costituzionale solidarietà che per l'imprenditore non può non consistere anzitutto nella non superficiale conoscenza e nel più scrupoloso rispetto delle norme destinate a garantire l'incolumità e la integrità del lavoratore... delle norme cioè che garantiscono sotto l'aspetto della integrità e della incolumità la persona che è il valore per eccellenza della Carta Costituzionale". Detto dovere di tutela è necessariamente affidato al datore di lavoro perché è lui che decide, organizza, sceglie, progetta, valuta, agisce, investe; perché è l'unico a conoscere come, in concreto, si articolano la sua attività economico produttiva, come e quando cambi o si modifichi, di conseguenza quali siano i rischi che i lavoratori concretamente corrono alle sue dipendenze e quali cautele siano necessarie per eliminarli e, quando ciò non sia tecnicamente possibile, ridurli. Detto dovere viene a costituire il fondamento e la chiave di lettura di tutte le norme in materia di sicurezza che in modo specifico lo riempiono di contenuto in modo tale da evitare che la generalità di tale dovere entri in collisione con la determinatezza della responsabilità penale.

<sup>10</sup> Il dovere di tutela del datore di lavoro nei confronti delle persone che lavorano alle sue dipendenze, nel luogo di lavoro da lui diretto ed organizzato, ha una portata generale e conformante gli obblighi specifici in materia di sicurezza sul lavoro. Esso trova, infatti, il suo fondamento, prima ancora che nel testo unico in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nell'art. 2043 cc (*neminem laedere*) e nell'art. 2087 codice civile: "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". La Suprema Corte nella sentenza n. 23944 del 23/6/2010 ha stabilito che: "È principio non controverso quello secondo cui il

In definitiva, prima della riforma del 1994, il sistema prevenzionistico italiano appariva presentare esemplarità ed efficienza più formale che sostanziale<sup>12</sup>. A fronte di tale realtà, la prima novità emersa con il d.lgs. n. 626/1994 è stata proprio la volontà del legislatore di *non lasciare più l'imprenditore libero di scegliere le modalità e le procedure* utili per conseguire gli obiettivi di tutela connessi al dovere generale di sicurezza. In sostanza, la riforma ha imposto al datore di lavoro l'utilizzazione di uno *specifico metodo* per conseguire gli obiettivi sanciti nell'art. 2087 c.c.. Si è passati da un sistema di norme che imponeva all'imprenditore adempimenti specifici, ad un modello caratterizzato da nuove procedure da un *nuovo metodo di approccio al problema sicurezza, fondato sui principi della programmazione e dell'organizzazione* scientifica dell'attività di prevenzione, in quanto tale affidata a soggetti qualificati ed esperti.

In sostanza, si è strutturato, sistematizzato ed ampliato, quello che sino a quel momento era per l'imprenditore gestore del luogo di lavoro il dovere generale di sicurezza.

Tale sistema prefigurato dal d.lgs. n. 626/1994 è stato poi ripreso e rafforzato dal d.lgs. n. 81/2008, che di tale dovere generale di sicurezza ha finito per rendere garante non solo talune specifiche posizioni di garanzia formali, quali in particolare il datore di lavoro, il dirigente e il preposto, ma anche coloro che in via di fatto esercitano tali poteri, normativizzando con il disposto di cui all'art. 299 TUSL il principio di effettività, ormai da anni affiorato, con funzioni di garanzia verso il debito di sicurezza sul lavoro, nella giurisprudenza prima di merito e poi di legittimità.

### 3. L'ORGANIZZAZIONE AZIENDALE QUALE FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ IN MATERIA DI SICUREZZA E CRITERIO INTERPRETATIVO NEL PROCEDIMENTO DI INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO RESPONSABILE

Si è detto che con l'entrata in vigore della profonda riforma operata dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro) - normativa che si è posta in primo luogo l'obiettivo di realizzare un riordino sistematico della complessa materia della sicurezza-lavoro – la questione dell'*aspetto organizzativo aziendale* ha assunto rilevanza centrale. Da questo momento l'operatore del diritto che sia chiamato ad affrontare e risolvere il problema della verifica della violazione o meno della normativa prevenzionistica, deve necessariamente adottare come confine e parametro imprescindibile della sua analisi il sistema di organizzazione aziendale, finalizzato in concreto a regolamentare il funzionamento dell'impresa, intesa come luogo di lavoro e sede ove si svolge il processo produttivo, rispetto al quale debbono essere garantite dal debitore di sicurezza le condizioni di sicurezza, volte ad evitare che vengano a concretizzarsi eventi lesivi come conseguenza del malgoverno del rischio lavorativo.

Sin dalle definizioni contenute nell'art. 2 del T.U. il legislatore attribuisce all'aspetto organizzativo una specifica rilevanza. Ad esso, infatti, sono strettamente legate sia la definizione di datore di lavoro, che quella di dirigente e di preposto, ed addirittura quella di lavoratore, individuato non tanto per il tipo di relazione che lo lega all'imprenditore, quanto per il dato oggettivo del suo inserimento operativo nell'ambito di un'organizzazione di tipo produttivo di "azienda".

---

datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa; tale obbligo dovendolo ricondurre oltre che alle disposizioni specifiche, proprio più generalmente al disposto dell'art. 2087 cc." (cfr conforme Cass. pen. sentenza n. 18628/2010).

<sup>11</sup> Sul punto si rileva come infatti la traduzione di tale obiettivo, appunto, il *dovere generale di sicurezza* in comportamenti concreti, e quindi in specifiche misure e cautele, da un lato, risultava espressamente imposta da leggi incomplete e obsolescenti, dall'altro, era rimessa in sostanza alla buona volontà dei medesimi soggetti obbligati, gli imprenditori, con la conseguenza che questi ultimi finivano quasi sempre per limitarsi ad attuare soltanto gli adempimenti specifici espressamente individuati dalla legge, fatta eccezione, in taluni casi, per aziende industriali a più alto rischio, laddove l'elevata incidenza degli infortuni e delle malattie professionali – unitamente agli alti costi ad essi connessi - avevano determinato spontaneamente la creazione di un vero e proprio apparato organizzativo aziendale prevenzionale. Non solo. Il fatto che il dovere generale di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c. non fosse assistito da sanzioni penali (neppure contravvenzionali), finiva per limitare notevolmente anche il ruolo degli stessi organi di vigilanza, che infatti per decenni - in occasione degli accessi ispettivi - si sono generalmente limitati a verificare l'osservanza dei soli adempimenti, tralasciando ulteriori accertamenti sul complessivo assolvimento del dovere generale di sicurezza.

<sup>12</sup> Non a caso, si rileva per inciso, nella prassi si sono registrati in tali periodi un elevato numero di infortuni e di malattie professionali. Al contempo, per anni i danni conseguenti alla predetta lacuna di sistema non sono stati pagati soltanto dai lavoratori, ma anche dalle aziende, in ragione della severità dell'intervento repressivo della magistratura, soprattutto in presenza del verificarsi di eventi dannosi gravi, quali l'offesa alla vita o all'integrità del lavoratore. In tal caso, si è infatti registrata negli anni un'ampia e rigorosa applicazione proprio di quell'art. 2087 c.c., utilizzato come criterio di riferimento e base fondante del contenuto delle violazioni cautelari, rispetto a fattispecie delittuose quali quelle degli artt. 589 e 590 c.p. Il tutto è avvenuto seppur a costo di forti critiche e censure volte ad evidenziare che un simile *modus operandi* rischiava di camuffare dietro a giudizi di responsabilità per colpa, vere e proprie responsabilità per posizione, intese nel senso di responsabilità oggettiva, ad esempio in quei casi in cui l'imprenditore, datore di lavoro, seppur convinto di "essere in regola" perché aveva pedissequamente rispettato le norme tecniche specifiche fissate dalla legge per lo svolgimento della propria attività, subiva condanne in forza di una norma del codice civile, di cui in molti casi era ragionevole sconoscere addirittura l'esistenza.

Ma vi è di più. La riforma del 2008 valorizza l'elemento organizzativo non solo in relazione alla definizione delle posizioni di garanzie formali, ma anche con riferimento al *principio di effettività* disciplinato dall'art. 299 del T.U., anch'esso legato all'organizzazione, laddove prevede che i "doveri" del datore di lavoro, del dirigente e del preposto gravino anche su chi ne "...eserciti in concreto i poteri giuridici...".

L'elemento organizzazione assume poi un'ulteriore rilevanza nell'individuazione di fonti di responsabilità soggettiva connesse a violazioni in materia di sicurezza sul lavoro, in particolare con riferimento ai c.d. "modelli organizzativi" di cui all'art. 30, rispetto alle sanzioni poste a carico dell'ente ai sensi dell'art. 300, prevedendo un regime premiale che consenta di evitare sanzione, per quelle aziende che si siano dotate di una organizzazione produttiva rigorosamente orientata in senso prevenzionistico<sup>13</sup>. Anche in tal caso risulta pertanto evidente il ruolo svolto dall'elemento "organizzativo" sulla individuazione delle posizioni di garanzia per danni connessi a violazioni della disciplina prevenzionistica. Il sistema normativo della responsabilità degli enti, infatti, nello specifico settore della sicurezza del lavoro, prevedendo la possibilità di chiamare a rispondere l'ente del fatto illecito commesso nel suo "*interesse o a suo vantaggio*" da "...persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, anche di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso..." o comunque da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei predetti soggetti (art. 5 dlgs. 8 giugno 2001, n. 231), nei casi di omicidio e lesioni colpose aggravate dalla violazione della normativa della sicurezza sul lavoro (art. 25 *septies*), risponde all'esigenza di estendere al massimo la garanzia di tutela per il lavoratore subordinato, individuando una posizione di garanzia gravante non su un soggetto, ma sull'ente per il quale il soggetto ha agito, che comunque deve essere considerato parte integrante del sistema produttivo organizzato.

L'insieme delle norme citate conferma dunque la rilevanza che, nel vigente ordinamento sono venute ad assumere le dinamiche e le regole dell'organizzazione aziendale ai fini della *individuazione dei vari soggetti onerati dal dovere di sicurezza*. Tutto questo rende sempre più evidente lo stretto nesso esistente da un lato, fra i poteri che l'ordinamento riconosce al datore di lavoro nell'ambito dell'organizzazione produttiva ed i limiti di cui quei poteri sono gravati a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori che in quell'organizzazione operano e, dall'altro, le conseguenti responsabilità che dalla loro violazione derivano.

In tal senso, le *regole dell'organizzazione aziendale* che il datore di lavoro si è dato, nel rispetto degli obblighi normativi vigenti, diventano *parametro* fondamentale per affrontare e risolvere non solo il fondamentale tema dell'accertamento della responsabilità penale, ma anche quello, inscindibile nei reati propri, dell'individuazione in concreto del titolare della posizione di garanzia, ossia del soggetto responsabile.

Al riguardo, si evidenzia che la *ratio* che legittima nel vigente sistema prevenzionistico l'individuazione del soggetto responsabile partendo da un'analisi in concreto del funzionamento dell'organizzazione aziendale, risiede addirittura nella Carta costituzionale. Le ragioni che hanno indotto il legislatore ad accordare una tutela così rafforzata e specifica al diritto alla sicurezza e alla salute nell'ambito dei luoghi di lavoro sono infatti diretta conseguenza della scelta operata da parte del legislatore costituente di delimitare la libertà di iniziativa dell'imprenditore e, in particolare, proprio il suo *potere organizzativo e direttivo* che esercita quale datore di lavoro, in funzione della tutela di interessi superiori aventi rilevanza pubblicistica.

Si evidenzia, in sostanza, lo stretto ed *inscindibile nesso* che l'ordinamento presuppone fra esercizio (effettivo) del potere organizzativo/direttivo datoriale e responsabilità connesse alla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. Ma ciò vale non solo per il datore di lavoro. Tutti coloro che sono chiamati a partecipare all'esercizio di quel potere, si assumono una correlativa, proporzionale quota di quelle responsabilità proprio perché la

<sup>13</sup> Il rapporto fra sistema prevenzionale e organizzazione aziendale viene particolarmente evidenziato proprio dalla richiamata normativa in materia di "modelli organizzativi" (artt. 30 e 300), che non solo attribuisce specifica rilevanza al tipo di organizzazione interna complessiva che l'azienda si sia data e alla sua idoneità a prevenire i reati in materia di sicurezza, ma soprattutto attribuisce al giudice (penale) il sindacato sulla idoneità dei modelli organizzativi concretamente adottati. In tal modo l'organizzazione di impresa, per quanto specificatamente attiene al tema della sicurezza, diventa oggetto di accertamento nel processo penale, viene sottoposta a vaglio e giudizio. Tale modello processuale di controllo non può essere peraltro ritenuto in contrasto con l'autonomia imprenditoriale, consacrata nel principio della libertà d'impresa sancita dall'art. 41 Cost., proprio perché quest'ultima non è riconosciuta e tutelata come valore assoluto, incontrando dei limiti interni fissati nella medesima norma costituzionale, fra i quali appunto quelli finalizzati alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori occupati. Non solo. È stato osservato che la normativa in esame sia finalizzata più che a imporre nuove limitazioni, a premiare quelle aziende che meglio e più rigorosamente abbiano attuato il modello prevenzionale generalmente imposto, di talché sarà proprio l'ente coinvolto nel procedimento il primo interessato a sottoporre al vaglio del giudice il proprio modello organizzativo, al fine di potersi valere dei suoi effetti di esimente o attenuante.

sicurezza del lavoro ne rappresenta un limite interno, coesistente al suo riconoscimento giuridico e, quindi, al suo esercizio legittimo.

La normativa prevenzionistica responsabilizza direttamente, e proporzionalmente, non solo l'imprenditore, nella sua veste di datore di lavoro, ma anche i suoi principali collaboratori, in ossequio ad una logica stringente e rispettosa del dato di realtà, secondo cui il potere organizzativo/direttivo nell'impresa moderna non è più esercitato esclusivamente dal titolare, ma anche, sia pure in misura diversa, da una pluralità di soggetti che costituiscono la c.d. *linea aziendale* dell'organigramma aziendale.

Ed ecco quindi che proprio per la sua diretta derivazione dalla *ratio* ispiratrice del complessivo intervento legislativo, lo stretto rapporto esistente fra esercizio effettivo del potere organizzativo/direttivo e responsabilità in materia di sicurezza, finisce per assumere un ruolo di primaria importanza per condurre *una corretta esegesi* nell'individuazione del soggetto garante del dovere prevenzionale.

L'operatore del diritto, pubblico ministero prima e giudice poi, sarà dunque chiamato a farsi interprete per analizzare il concreto dispiegarsi nell'organizzazione di impresa, il concreto svolgersi del potere direttivo e delle sue effettive diramazioni e ripartizioni interne, al fine di giungere ad individuare chi, nell'esercitare concretamente tali poteri, debba ritenersi gravato del connesso dovere di sicurezza. Ebbene, all'esito di detto percorso di ricerca del soggetto responsabile, diretto non tanto a individuare i soggetti formalmente "qualificati" come tali per legge, bensì i titolari effettivi del dovere di sicurezza, il risultato che ne potrebbe conseguire potrebbe addirittura andare oltre il principio di effettività, empiricamente proclamato dalla giurisprudenza<sup>14</sup> - che secondo un prevalente pensiero serve a duplicare i garanti originari legali della sicurezza - potendosi giungere all'*individuazione anche di più garanti, legali e di fatto*, quali titolari della posizione di garanzia in riferimento alla singola situazione di danno verificatasi quale concretizzazione del rischio lavorativo mal governato.

#### 4. LA DEFINITIVA AFFERMAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ DEL COLLEGAMENTO FRA POSIZIONE DI GARANZIA E RISCHIO LAVORATIVO

Laddove si sposti il campo di osservazione dal piano della disciplina normativa di settore, alla riflessione giurisprudenziale evolutasi nel tempo, prima di merito e da poi di legittimità, si trova conferma di come nella ricerca in concreto dell'individuazione della *posizione di garanzia* nel vigente modello prevenzionistico e della sicurezza del lavoro, assuma ruolo centrale l'indagine sull'organizzazione aziendale, e sulla concreta operatività della stessa.

Il passaggio finale del percorso interpretativo che parte dalla verifica dell'organizzazione di impresa è quello che conduce al criterio della *gestione del rischio*.

Per risolvere in concreto la problematica investigativa prima, e processuale poi, su chi debba rispondere della violazione *propria* in materia di sicurezza - rilevante di per se in materia contravvenzionale, o come condotta cautelare doverosa nei casi di infortuni e di malattia professionale - è necessario verificare chi fosse chiamato in concreto, secondo l'organizzazione di impresa, a gestire il rischio lavorativo.

La gestione del rischio, pertanto, diventa un parametro concreto di individuazione del soggetto responsabile. Il titolare della posizione di garanzia altro non può essere che colui che, in concreto, è chiamato a gestire il rischio lavorativo secondo l'organizzazione di impresa data, ed agita.

Un simile percorso interpretativo, si evidenzia, sembra ormai quello definitivamente affermatosi anche nella giurisprudenza di legittimità. Su tutte si richiama alcuni passaggi delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite

<sup>14</sup> È risalente e consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'individuazione dei responsabili debba essere compiuta, non in relazione alla qualifica, alla carica o alla posizione formale rivestita dall'agente nell'ambito dell'organizzazione aziendale, ma con riferimento alle effettive mansioni da questi esercitate e al ruolo concretamente svolto, nonché alle responsabilità di fatto assunte: cfr. in termini, *ex plurimis*, Cass. pen., 12 novembre 1993, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1994, p. 252; Cass. pen., 15 aprile 1993, in Cassazione penale Massimario, 1993, fasc. 9, p. 46; Cass. pen., 19 gennaio 1989, in Cassazione penale, 1990, I, p. 932; Cass. pen., 17 gennaio 1986, in Giustizia penale, 1987, II, p. 37. Nella giurisprudenza più recente, v. Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 47380, in Guida al lavoro, 2009, 6, p. 97 (s.m.). Particolarmente interessante appare anche, al riguardo, quell'orientamento giurisprudenziale — peraltro non incontrastato — che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, attribuiva rilevanza perfino all'assunzione volontaria dei compiti antinfortunistici pur in mancanza di una delega formale o di un'esplicita attribuzione da parte del datore di lavoro ritenendo, anche in questi casi, responsabile colui che avesse effettivamente esercitato il potere organizzativo: cfr. Cass. pen., 3 novembre 1988, n. 10706, in R. Guariniello, Sicurezza del lavoro e Corte di Cassazione. Il repertorio 1988-1994, Milano, 1994, p. 17; Cass. pen., 28 settembre 1993, n. 8874, ivi, p. 18.



della Suprema Corte sul noto caso *Thyssenkrupp* (Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 n. 38343). In detta pronuncia, nota soprattutto per aver affrontato un tema discusso da anni in dottrina e giurisprudenza quale quello della qualificazione del dolo eventuale e dei confini tra esso e la colpa cosciente, sono contenute importanti puntualizzazioni in tema di sicurezza sul lavoro, la cui rilevanza prescinde certamente dal caso oggetto del giudizio e che, per la loro chiarezza e profondità di analisi, risultano assai utili per gli operatori del diritto chiamati ad affrontare – tentare di risolvere - questioni generali procedurali e processuali in materia di sicurezza sul lavoro, quali quella dell'individuazione della (delle) posizione di garanzia.

In particolare, in tema di posizioni di garanzia, la Corte – ripercorrendo invero un filone giurisprudenziale già affermatosi da qualche anno - adotta quale filo conduttore di tutti i suoi ragionamenti il collegamento tra la *posizione del "garante"* in materia di salute e sicurezza dei lavoratori<sup>15</sup> (es. datore di lavoro, dirigente, preposto, delegato), e la *gestione del rischio*, o meglio le singole "sfere" o "aree" di gestione dello stesso.

Il presupposto di partenza del ragionamento della Cassazione è che tutto il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza "*...la centralità dell'idea di rischio*". La Suprema Corte, ricorda, testualmente, come "*...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.*" Quindi aggiunge che nonostante il rischio sia considerato in astratto categoria unica, in realtà nella realtà di fatto esso "*...si declina concretamente in diverse guise in relazione alla differenti situazioni lavorative*".

Da qui, appunto, l'idea che all'interno dell'organizzazione di impresa esistano "*...diverse aree di rischio*" cui corrispondono "*...distinte sfere di responsabilità*", riferibili a coloro che quel rischio sono chiamati a governare.

Ciò vale, come è intuibile, soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, in cui l'operatore pratico chiamato ad affrontare e risolvere il tema della ricostruzione dell'evento infortunio, e dell'individuazione del responsabile, deve confrontarsi con "*...differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio*", ma al contempo rileva per ogni tipologia di attività produttiva, anche per quella apparentemente e formalmente gestita secondo schemi semplici (si pensi, ad esempio, alle imprese individuali o a semplificate società di persone), dietro le quali, sovente, può celarsi un'organizzazione del lavoro ben più articolata e complessa, e come tale foriera di diverse e distinte aree di rischio, e quindi di connesse sfere di responsabilità, tali da rendere del tutto inadeguata una risposta procedimentale e processuale in punto di individuazione della posizione di garanzia che si limitasse al mero dato formale, della legale rappresentanza del soggetto impresa.

Non solo. L'insegnamento della Suprema Corte sembra andare anche oltre, laddove ricorda come sul piano del diritto penale processuale le "*...distinte sfere di responsabilità gestionale*" vanno separate le une dalle altre, in quanto proprio esse "*...conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio*"<sup>16</sup>.

In tal senso si spiega il senso dell'affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui l'*individuazione della posizione soggettiva* destinataria delle prescrizioni prevenzionistiche e di sicurezza sul lavoro, si concretizza nell'*operazione ermeneutica* che l'interprete, l'operatore del diritto - prima pubblico ministero e poi giudice, nel contraddittorio con la difesa - è chiamato a compiere per individuare il *garante della gestione del rischio*.

<sup>15</sup> Si evidenzia che il concetto di lavoratore è stato interpretato in senso ampio dalla giurisprudenza di legittimità, prescindendo dal dato formale dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato contrattualizzato. In tal senso, ad esempio, si è ricompresa nella categoria del lavoratore che ha ormai cessato il rapporto di lavoro per pensionamento, ma che continuava di fatto a trovare impiego nell'impresa (Cass. Sez. pen., sent. 49214 del 18 dicembre 2012), oppure il tirocinante (Cass. Sez. pen. IV, sent. 37314 del 27 settembre 2012), il lavoratore occasionale (Cass. Pen. Sez. IV, sent. 17581 del 7 maggio 2010), o addirittura il lavoratore a "nero" (Cass. pen., Sez. IV, sent. 15241 del 11 aprile 2008).

<sup>16</sup> Si evidenzia che ciò - per inciso ed al di fuori del ragionamento svolto dalle Sezioni Unite - ci consente anche di precisare il confine fra due concetti che sovente rischiano di essere confusi nell'applicazione pratica della disciplina prevenzionistica, ossia la distinzione che intercorre fra *rischio* e *pericolo*, ed i riflessi che da essa discendono in tema di individuazione della posizione (soggettiva) di garanzia. Ebbene, rischio e pericolo hanno invero come comune denominatore la *possibilità di un danno come conseguenza*. Mentre però nel "rischio" il danno può essere conseguenza di una decisione umana, nel "pericolo", il danno può essere conseguenza di fattori esterni. Da ciò consegue che solo il rischio può costituire criterio per l'individuazione della posizione soggettiva, attraverso appunto il *garante del rischio*, mentre al contrario ciò non può avvenire per il pericolo, in relazione al quale la possibilità del verificarsi di una conseguenza di danno dipende da fattori esterni, come tali insuscettibili di essere riferiti ad un soggetto persona fisica.

Al riguardo rileva semmai aggiungere che il rischio oggetto dell'indagine ermeneutica, ovverosia quello che il garante titolare della posizione di garanzia è chiamato a prevenire e controllare, altro non è che il "rischio lavorativo", ossia quello - ed esclusivamente quello - connesso all'*organizzazione* del sistema produttivo di lavoro<sup>17</sup>.

A questo punto resta però il problema pratico, non secondario per l'operatore del diritto, della modalità operativa con cui tradurre in accertamenti concreti i principi appena esposti, al fine di identificare i soggetti aziendali e le relative aree di gestione del rischio, ossia individuare all'interno di una data organizzazione d'impresa, i "ruoli", e quindi le persone fisiche, chiamate ad esercitare le posizioni di garanzia previste dalla legge in relazioni alle varie "aree di rischio".

Anche in tal caso le motivazioni delle Sezioni Unite forniscono un contributo di indirizzo importante.

Osserva anzitutto il Supremo Collegio che bisogna "..."*guardarsi dall'idea ingenua, e foriera di fraintendimenti, che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere sempre definita e separata con una rigida linea di confine; e che questa stessa linea crei la sfera di competenza e responsabilità di alcuno escludendo automaticamente quella di altri. In realtà le cose sono spesso assai più complesse.*..."

Ciò detto, aggiungono le Sezioni Unite "...lo scopo del diritto penale, tuttavia, è proprio quello di tentare di governare tali intricati scenari, nella già indicata prospettiva di ricercare responsabilità e non capri espiatori". Per far sì che ciò possa avvenire diviene importante ricostruire tali posizioni di garanzia secondo il criterio della gestione del rischio. A tal fine, si evidenzia "...*ruoli, competenze e poteri segnano le diverse sfere di responsabilità gestionale ed al contempo definiscono la concreta conformazione, la latitudine delle posizioni di garanzia, la sfera di rischio che deve essere governata*".

In sostanza, si ribadisce, anche secondo l'ultimo approdo giurisprudenziale di legittimità, per rispondere alla questione dell'individuazione della posizione di garanzia, ossia del soggetto responsabile, in materia di sicurezza sul lavoro, è necessario passare attraverso la ricostruzione e risoluzione, in concreto, dell'individuazione della sfera di rischio. Ogni sfera di rischio risulta infatti riferibile soggettivamente ad un determinato protagonista della vita attiva dell'attività d'impresa, parte integrante dell'organizzazione di essa, che concretamente agisce nel sistema produttivo.

In via conclusiva, un'ultima notazione, ancora una volta tratta dalla finalità della disciplina prevenzionistica di costituire un complessivo sistema di tutela per il lavoratore, articolato attraverso una pluralità di ruoli e modelli di garante della gestione del rischio. Può capitare che, in concreto, soprattutto nelle organizzazioni aziendali più complesse e articolate, nelle quali l'organizzazione del lavoro si frammenta in livelli e sezioni, anche con creazione di aree di confine parzialmente sovrapposte non facilmente distinguibili, che l'indagine penale prima, ed il processo (eventuale) poi, non riescano ad individuare soggettivamente il responsabile del danno conseguenza del mal governo del rischio lavorativo. Ebbene, si ricorda che per porre un fronte di tutela anche in situazioni come queste, il legislatore ha novellato con l'art. 9 legge 3 agosto 2007, n.123, l'ambito di applicazione del d.lgs. 231/2001 disciplinante la responsabilità degli enti, prevedendo ai sensi del nuovo art. 25 *septies* che il delitto di lesioni colpose ed omicidio colposo, aggravati dalla violazione della disciplina antinfortunistica, costituiscono reati "presupposto" per l'applicazione della normativa in questione. In tal senso, non v'è dubbio che la disciplina sulla *responsabilità degli enti* rappresenti una vera e propria "valvola di sicurezza e di chiusura" del sistema prevenzionistico, tenuto conto che - ai sensi dell'art. 8 - essa potrà trovare applicazione anche a prescindere dall'individuazione della persona fisica responsabile. È come se la responsabilità dell'ente rappresentasse l'*ultimo confine del territorio di ricerca del garante del rischio*, che nel caso di

<sup>17</sup> Ebbene, ciò spiega perché la giurisprudenza proprio in relazione a tale ambito di rischio sottoponga a vaglio critico processuale, con esito di eventuale giudizio di censura, l'operato del datore di lavoro individuato come titolare della posizione di garanzia, che invece non potrà essere chiamato a rispondere di eventuali conseguenze dannose ai suoi prestatori di lavoro in determinati casi. In primo luogo, nei casi di "rischio da ingresso abusivo", (quali ad esempio, nel caso di ingresso di un lavoratore in un cantiere, cui segua un incidente con esiti lesivi anche mortali, poiché la situazione pericolosa che in tal caso si verifica non è riferibile al contesto della prestazione lavorativa, di talché non entreranno in gioco valutazioni in ordine alla violazione o meno della normativa antinfortunistica, ed alla responsabilità del gestore del cantiere) (vedasi Cass. Pen., Sez. IV, n. 44206 del 25/09/2001, Intrevado, Rv. 221149. Si veda anche Cass. Pen., Sez. IV, n. 11311 del 07/05/1985, Bernardi, Rv. 171215); in secondo luogo, analogamente, nei casi in cui trova giustificazione l'orientamento (Cass. Pen., Sez. IV, n. 3510 del 10/11/1999, Addesso, Rv. 183633; Sez. IV, n. 10733 del 25/09/1995, Dal Pont, Rv. 203223. Inoltre, "nello stesso senso, con diverse inflessioni in relazione ai vari casi, Sez. 4, n. 2172 del 13/11/1984, Accettura, Rv. 172160; Sez. 4, n. 12381 del 18/03/1986, Amadori, Rv. 174222; Sez. 4, n. 1484 del 08/11/1989, Dell'Oro, Rv. 183199; Sez. 4, n. 9568 del 11/02/1991, Lapi, Rv. 188202; Sez. 4, n. 8676 del 14/06/1996, Ieritano, Rv. 206012.), che ricollega il comportamento abnorme ed eccezionale del lavoratore "...*all'area di rischio propria della prestazione lavorativa*" (la Corte sottolinea in questo caso che la giurisprudenza tende a ritenere che il comportamento del lavoratore si pone al di fuori della responsabilità del datore di lavoro "non perché "eccezionale" ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare. Tale eccentricità renderà magari in qualche caso (ma non necessariamente) statisticamente eccezionale il comportamento ma ciò è una conseguenza accidentale e non costituisce la reale ragione dell'esclusione"), anche in tal caso come parametro per escludere la rimproverabilità del titolare della posizione di garanzia.

impossibilità di risolversi nell'elezione di un soggetto persona fisica, parte di un complesso sistema di impresa, potrà condurre l'operatore ad identificare il garante nello stesso ente nell'interesse del quale l'impresa viene gestita<sup>18</sup>.

## 5. IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ COME CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DI POSIZIONI DI GARANZIA ORIGINARIE

Il vigente sistema prevenzionistico disciplina, accanto alle *posizioni di garanzia originarie* legali, ossia datore di lavoro, dirigente e preposto (art. 2 d.lgs. 81/2008), anche le corrispondenti *figure che di fatto*, ossia coloro che nell'ambito dell'organizzazione di lavoro, esercitano il ruolo, i poteri e la funzione, che la legge prevede normativamente per le posizioni di garanzia di diritto. Il disposto normativo che in tal caso viene in rilievo è l'articolo 299 del T.U., significativamente rubricato "*Esercizio di fatto dei poteri direttivi*".

Tale norma prevede che "*...le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e) [rispettivamente, appunto, il datore di lavoro, il dirigente e il preposto, N.d.A.] gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti*".

In questa sede – è necessario ribadirlo – la disposizione verrà analizzata con principale riferimento alla figura del datore di lavoro, con l'avvertenza, peraltro, che le medesime considerazioni di ordine sistematico qui svolte valgono anche con riguardo al dirigente e al preposto.

Dunque, l'articolo 299 del T.U. fissa in via normativa l'*equiparazione* tra l'esercizio di fatto dei poteri giuridici riferiti alla qualifica datoriale e l'acquisto della corrispondente posizione di garanzia penalmente rilevante. In altre parole, al pari di una valida ed efficace investitura civilistica, è altresì rilevante lo svolgimento, in concreto, delle funzioni o mansioni tipiche del datore di lavoro. Ancora una volta emerge conferma della centralità assegnata dal legislatore del vigente sistema prevenzionistico al criterio dell'organizzazione e programmazione del lavoro, con il quale è in via ineludibile a confrontarsi qualsiasi interprete chiamato, nell'ambito di un giudizio di responsabilità penale, a verificare in concreto chi all'interno di una determinata attività di impresa, sia effettivamente investito del compito di garante del rischio, ossia il responsabile di una determinata "area di rischio", come tale gravato della correlativa "sfera di responsabilità".

In tal senso, può affermarsi che il *principio di effettività* altro non è che la diretta conseguenza dell'evoluzione del sistema prevenzionistico, passato nel tempo – come detto - da disciplina di settore, a disciplina caratterizzata da un'idea di sistema. È per questo motivo, invero, che ancora prima che il TUSL 81/2008 procedesse a normativizzare con l'art. 299 tale principio, lo stesso si era già affermato a livello giurisprudenziale, con pronunce che ritenevano di poter estendere il giudizio di riferibilità soggettiva della responsabilità in materia di sicurezza del lavoro anche a "*soggetti di fatto*" (Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2006, n. 38428, Puglisi), e decisioni della Suprema Corte – intervenute dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 81/2008, ma relative a fatti accaduti prima di essa – che hanno espressamente dato conto di come il TUSL avesse semplicemente positivizzato un principio già costituente parte del diritto vivente, appunto il principio di effettività<sup>19</sup>.

In proposito, rileva richiamare quanto afferma la giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen. Sez. IV, 19 marzo 2012, n. 10704), chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto da un imputato condannato come datore di lavoro di fatto, che nel difendersi assumeva che la contestazione elevata nei suoi confronti fosse frutto di inammissibile analogia della norma incriminatrice prevista dall'allora vigente D.Lgs 626/94, adducendo, a riprova della bontà di tale argomento, che il legislatore, preso atto del vuoto normativo, aveva solo con il D.Lgs 81/2008 espressamente disciplinato all'art. 299 la responsabilità anche del datore di lavoro di fatto.

<sup>18</sup> In proposito, *de jure condendo*, appare semmai auspicabile che fra i reati presupposto di applicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti, possano trovare collocazione delitti di assoluta rilevanza e gravità in materia della sicurezza sui luoghi di lavoro, quale ad esempio il delitto di cui all'art. 437 c.p., che sanziona l'omessa adozione (dolosa) di cautele antinfortunistica, come tale espressione paradigmatica dell'illecito d'impresa in materia di sicurezza sul lavoro, in cui senza alcun dubbio la scelta del singolo soggetto agente, e l'interesse dell'attività di lavoro organizzato in forma di impresa, si fondano per realizzare il medesimo obiettivo della massimizzazione del profitto, mediante un risparmio di spesa per sicurezza, e come tale anche a costo del verificarsi di un possibile danno da lavoro.

<sup>19</sup> A ben vedere, si tratta peraltro di una politica legislativa percorsa anche in altri settori, come ad esempio dimostra l'ultima riforma del diritto penale societario, che ha recepito con la clausola di equiparazione di cui all'articolo 2639 del codice civile ("*Per i reati previsti dal presente titolo [Titolo XI, Disposizioni penali in materia di società e consorzi, N.d.A.] al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia 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*").

Testualmente si legge in un passaggio della citata pronuncia: "... ai fini di interesse, si osserva che il Decreto Legislativo n. 81 del 2008, articolo 299 stabilisce che le posizioni di garanzia riguardanti il "titolare del rapporto di lavoro", il "dirigente" ed il "preposto" gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ora richiamati. La disposizione in commento ha formalizzato la "clausola di equivalenza", che risultava da anni utilizzata in sede giurisprudenziale, nella individuazione dei soggetti in concreto destinatari della normativa antinfortunistica e quindi possibili responsabili delle relative violazioni". E poi ancora la Suprema Corte prosegue sottolineando come con l'articolo 299 "... il legislatore ha cioè codificato il principio di effettività, elaborato dalla giurisprudenza, al fine di individuare i titolari della posizione di garanzia, secondo un criterio di ordine sostanziale", spiegando che il principio funzionalistico, in base al quale occorre fare riferimento alle mansioni disimpegnate in concreto e non alla qualificazione astratta del rapporto, era stato affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sin dal 1992, e che da allora tale teorica era stata seguita in maniera costante dalla giurisprudenza successiva.

In sostanza, sin dal tempo delle citate Sezioni Unite, conclude la decisione di legittimità, è da considerarsi pacifico che "...l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale" (Cass. Sez. U, Sentenza n. 9874 in data 01/07/1992, dep. 14/10/1992, Rv. 191185) <sup>20</sup>.

In definitiva, il principio di effettività finisce per rappresentare da un lato, un criterio per ampliare il quadro dei soggetti attivi della posizione di garanzia e, dall'altro, costituisce un criterio interpretativo per individuare nel singolo caso dato, il reale titolare della posizione di garanzia, a fronte del danno conseguente all'esposizione al rischio lavorativo.

## 6. IL GARANTE DI FATTO SI CUMULA O SI SOSTITUISCE AL GARANTE LEGALE ?

Volendo delineare un quadro di sintesi dei rapporti tra l'art. 2 e art. 299 TUSL può osservarsi che, mentre la nozione legislativa di datore di lavoro (art. 2 lett. b) ha come referente operativo un contesto di lavoro "fisiologico", nel quale cioè alla qualifica formale segue l'effettivo esercizio dei poteri gestori, la clausola di equiparazione espressa (art. 299) ha la funzione di estendere la responsabilità a carico delle posizioni di garanzia originarie che operano in realtà imprenditoriali caratterizzate da profili "patologici", ossia che si caratterizzano per la mancata coincidenza tra il soggetto ritualmente investito della qualifica, e il soggetto in concreto impegnato nella gestione dell'impresa.

È proprio in relazione a tali ultime realtà organizzative che, come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, il principio di effettività svolge al contempo la funzione di "clausola di equivalenza", per estendere la posizione di garanzia, e la conseguente responsabilità, in capo a soggetti privi di investitura legale, appunto il *garante di fatto*.

Il tutto, in esito ad un percorso interpretativo che sono chiamati a svolgere dapprima, in fase investigativa, il pubblico ministero, raccogliendo tutti quegli elementi di fatto che possono costituire indici sintomatici di un esercizio in via di fatto della posizione di garanzia, e poi, in sede di giudizio, il giudice, in esito ad una verifica stringente di detti indici fattuali e della loro idoneità a costituire prova a supporto della riferibilità soggettiva all'imputato, in qualità di garante di fatto, della responsabilità penale per contestazioni alla disciplina antinfortunistica.

Sempre in termini generali, però, una volta risolta positivamente la problematica in ordine all'accertamento in concreto dell'esistenza di un *garante di fatto*, si pone un'ulteriore problema ermeneutico per l'operatore del diritto, ossia se la responsabilità del primo debba intendersi sempre come in "aggiunta" a quella del garante di diritto – in ossequio

<sup>20</sup> All'esito del citato percorso motivazionale, si rileva, per inciso, che la Suprema Corte nel caso concreto escludeva che vi fosse stata applicazione retroattiva, in violazione di legge, della responsabilità per il datore di lavoro di fatto; si riporta anche il passaggio specifico per migliore chiarezza: "...come pure rilevato da voci di dottrina, la codificazione del 2008 non ha pertanto comportato alcuna modificazione, rispetto ai criteri di imputazione della responsabilità penale, atteso che il panorama giurisprudenziale risultava già consolidato nel dare prevalenza alle funzioni in concreto esercitate, rispetto alla qualifica formale, ai fini della individuazione del soggetto responsabile, secondo la teorica del "datore di lavoro di fatto". Chiarito che la norma di cui al Decreto Legislativo n. 81 del 2008, articolo 299, ove si prevede che la posizione di garanzia gravi anche su colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti al datore di lavoro o ad altri garanti, ha natura meramente ricognitiva, rispetto ad un principio di diritto consolidato, non è chi non veda che il riferimento alla nozione di datore di lavoro di fatto, contenuto nella imputazione elevata al Di. Ba., non determina alcuna applicazione retroattiva della disposizione di cui all'articolo 299, cit., rispetto a fatti commessi prima della entrata in vigore del testo unico del 2008, atteso che la nozione di datore di lavoro di fatto - funzionale alla selezione del soggetto titolare dell'obbligazione di sicurezza - risultava già acquisita al diritto vivente, come sopra evidenziato".

cioè ad una sorta di operatività meccanicistica della funzione del 299 TUSL quale “clausola di equivalenza” – o, viceversa, in sostituzione della responsabilità del garante legale.

Fornire una risposta univoca ad un simile quesito non risulta agevole, in ragione innanzitutto della particolarità e diversità della potenziale casistica in cui la questione concreta può manifestarsi.

In termini generali, pare necessario e utile partire dalla considerazione che proprio la norma di cui all'art. 299 TUSL sembra fornire una preziosa indicazione per risolvere il problema, laddove fa esplicito uso dell'avverbio “*altresì*” (“...*le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2... gravano altresì su colui il quale... eserciti in concreto i poteri ...*”), consentendo in tal modo di accreditare, come normativamente preferibile, la soluzione di una (co)responsabilità del datore di lavoro ritualmente investito della carica (ad esempio la c.d. “testa di legno”), con la responsabilità del soggetto che opera come datore di lavoro in via di fatto.

Ad analoga soluzione è giunta nel tempo anche la giurisprudenza di legittimità (vedasi sul punto sentenza della Suprema Corte, n. 4981 del 6 febbraio 2004), che nel sottolineare come a ben vedere il principio di effettività sia stato legislativamente codificato proprio con la modifica dell'art. 2 del D.Lgs. n. 626 del 1994 ad opera del D.Lgs. n. 242 del 1996, in cui non si faceva più riferimento ad un dato formale, ma altresì a dati di natura sostanziale quali la “...*responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva purché accompagnati - questo è il punto - dai poteri decisionali e di spesa..*”, e che pertanto ciò che rileva al fine di creare la qualità di datore di lavoro e, quindi, la posizione di garanzia, “...*sono il potere di decidere e quello di spendere..*”, aggiunge che il principio di effettività “...*è un metodo anche conoscitivo per riportare la responsabilità laddove si trovano i poteri di decidere e di spendere, e non un modo per esonerare da responsabilità chi, per scelta propria di questi poteri disponga ma non li eserciti*”.

Ed ancora, nella stessa direzione, e più di recente, vedasi anche Cass. Pen. Sez. IV n. 47380 del 19 dicembre 2008), secondo cui “... *le due posizioni (ndr del titolare formale della posizione di garanzia e del soggetto individuato come datore di lavoro di fatto) si cumulano e il garante formale, se ritenga di non essere stato posto in grado di svolgere le sue funzioni, per sottrarsi alle responsabilità conseguenti al conferimento delle funzioni, ha l'unica possibilità di rifiutare tale conferimento, di dimettersi o comunque di rinunciare alla qualità da cui derivano gli obblighi di protezione o controllo*”.

Dunque, laddove si voglia rinvenire in termini generali una risposta al quesito se all'esito dell'individuazione del garante di fatto esso si cumuli o, in alternativa, si sostituisca al garante di diritto che non abbia esercitato funzioni di garante, la soluzione prevalente appare essere la prima.

Tale conclusione, fra l'altro, risulta anche in linea con l'orientamento prevalentemente accolto dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di soggetti (responsabili) di fatto. I giudici, infatti, solitamente rimproverano al soggetto cui è attribuita la qualifica formale di non aver adeguatamente vigilato sull'operato di chi ha effettivamente gestito l'impresa. Obbligo di vigilanza e di impedimento di eventi pregiudizievoli che, stando all'impostazione tradizionale, discende automaticamente dalla carica, ancorché la stessa non sia stata in concreto esercitata, come per anni, ad esempio, ha insegnato l'orientamento della giurisprudenza formatosi principalmente in materia fallimentare, univoco nel ritenere sussistente il concorso mediante omissione, secondo lo schema dell'art. 40 co. 2 c.p. (cfr. ad es. Cass. pen., sez. V, 25 marzo 1997, n. 4892, Baldi).

Ciò detto, non può non evidenziarsi come simili soluzioni, a fronte di specifiche situazioni concrete in cui investigativamente prima, o processualmente poi, sia stata fornita dimostrazione certa della “natura fittizia” del ruolo del garante originario legale, possono risultare in contrasto proprio con il principio costituzionale della responsabilità personale per fatto proprio, traducendosi in imputazioni soggettive fondate su una *mera responsabilità per posizione*.

È il caso che può caratterizzare, in particolare, l'attività di impresa esercitata in forma individuale. In dette ipotesi, la coincidenza fra colui che gestisce il rischio, e colui al quale viene mosso l'addebito per aver cagionato l'evento lesivo costituente concretizzazione del rischio lavorativo mal governato, diventa condizione essenziale per evitare che l'individuazione del soggetto responsabile non si traduca in una mera responsabilità da posizione.

È certo che l'essersi prestato a svolgere il ruolo di “prestanome” non possa essere considerato un dato neutro per il soggetto agente, ma da ciò solo non possono trarsi elementi per giustificare l'imputazione soggettiva di reati connessi alla violazione della normativa di sicurezza sul lavoro, e ciò a prescindere dalla natura contravvenzionale o delittuosa dell'illecito ipotizzato.

Sul versante delle violazioni contravvenzionale, ai fini che qui interessano, ve ne sono alcune che rilevano in ragione della qualifica di datore di lavoro che agisce in materia di governo del rischio, quali ad esempio la predisposizione del DVR. Ebbene, laddove – si ribadisce – vi sia prova certa del fatto che la gestione effettiva di una determinata attività di impresa non sia mai stata espressione di condotte materiali e scelte concrete riferibili al “prestanome”, bensì sia riferibile ad un soggetto terzo estraneo, l'imprenditore occulto, garante (datoriale) di fatto, vale la pena di riflettere sul significato ultimo che può assumere l'imputazione mossa al *garante (fittizio) legale*, accanto – secondo la logica dell’“altresì” – al *garante di fatto*.

Ancor più evidente, poi, appare il dubbio sulla ragione d'essere di un simile criterio di imputazione a fronte del rimprovero elevato in relazione a fatti delittuosi, commessi a titolo di dolo (certamente residuali in materia di sicurezza del lavoro) o di colpa.

In tal caso, infatti, risulta ancor più evidente la distanza che viene a realizzarsi fra l'autore e il fatto, la quale risulta difficilmente compatibile con gli insegnamenti più recenti della giurisprudenza di legittimità sempre più attenta, da un lato, ad ancorare il profilo del dolo un'irriducibile scelta volitiva dall'agente e, dall'altro, a giustificare l'addebito per colpa in relazione all'evento lesivo in modo che esso sia appartenuto sin dall'origine al patrimonio di prevedibilità dell'agente, rappresentando poi concretizzazione di un rischio conseguenza di una violazione cautelare (evitabile) per l'agente medesimo.

È in queste situazioni “limite” di un uso patologico del ruolo del prestanome, come quelle in cui può addirittura divenire tale a sua insaputa, pare opportuno avviare il percorso di revisione critica che conduca a superare l'interpretazione letterale prevalente secondo cui l'inciso “altresì” di cui al 299 TUSL varrebbe a risolvere, meccanicisticamente, con la soluzione cumulativa, il tema della responsabilità della presenza di un garante di fatto, diverso da quello di diritto.

## **7. L'ART. 299 D.LGS. 81/2008 COME CRITERIO DI VERIFICA DELL'EFFETTIVITÀ DELLE POSIZIONI DI GARANZIA DERIVATE, E LA CONFIGURABILITÀ DI UN GARANTE DI FATTO A FRONTE DI POSIZIONI DI GARANZIA DERIVATE VALIDE ED EFFICACI**

Non sempre l'indagine volta ad individuare il titolare della posizione di garanzia si risolve nella verifica di *effettività* del ruolo gravante sul garante “primario” o “originario”.

La concreta e variegata organizzazione dell'attività di impresa, infatti, può determinare anche la necessità di svolgere un'indagine di secondo livello nell'identificazione del titolare. La distribuzione dei compiti in seno al processo produttivo, d'altra parte, costituisce una caratteristica tipica di molte realtà economiche organizzate, con cui l'ordinamento penale prima, e l'operatore del diritto poi, debbono necessariamente fare i conti anche ai fini degli effetti che si possono produrre in punto di individuazione in concreto del soggetto responsabile, garante del rischio lavorativo.

Per anni, in assenza di un dato normativo esplicito, è stata l'elaborazione giurisprudenziale che ha assegnato rilevanza al cosiddetto fenomeno del *trasferimento di funzioni sul piano dell'organizzazione del lavoro*, attraverso l'istituto della *delega di funzioni*, cercando di affrontare - e risolvere - un tema di estrema delicatezza e rilevanza, coinvolgente il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), in forza del quale *ciascuno risponde del fatto proprio*, con l'effetto che vi è *divieto di rispondere per fatto altrui*.

Al fine di assicurare il rispetto di tali vincoli costituzionali, l'istituto della delega di funzioni è stato così interpretato e ricostruito in modo da evitare, da un lato, che esso potesse tradursi in strumento per liberare il garante primario da ogni responsabilità, accollando ad altri i doveri nascenti dalla legge (*ciascuno risponde del fatto proprio*) e, dall'altro, da non costituire all'opposto furbesca manovra per far slittare verso il basso gli obblighi connessi alla qualifica datoriale, con il risultato di addossare il peso della sanzione su un soggetto privo delle concrete possibilità d'intervento (*divieto della responsabilità per fatto altrui*).

Sotto tale profilo non v'è dubbio che lo strumento della delega di funzioni, prima nell'interpretazione giurisprudenziale, e poi nella struttura della definizione normativa, concretata nell'art. 16 TUSL, ha avuto il merito di prendere atto del concreto funzionamento di molte attività di impresa, anche al fine di trarne conseguenze in termini di individuazione del garante responsabile. Infatti, accade di sovente che per il concreto dispiegarsi del funzionamento di certe attività di impresa il datore di lavoro, garante principale della salute e sicurezza dei lavoratori, si trovi o lontano

dalle fonti di rischio, o sia addirittura privo delle necessarie capacità professionali e tecniche per fare fronte al rischio. In questi casi è evidente come la scelta del datore di lavoro di operare una delega ad altri di ciò che egli non sa fare, o che non può fare personalmente, finisce per costituire strumento atto ad assicurare maggior tutela al titolare del bene protetto dal sistema prevenzionistico, il prestatore d'opera di lavoro, divenendo espressione addirittura di una scelta di buona organizzazione del sistema lavoro.

La questione che però si pone è se, a fronte di una siffatta esigenza finalistica che legittimi, nel rispetto dei limiti di legge vigente, la delega di funzione, possa residuare ancora spazio operativo all'interprete – pubblico ministero e giudice – per individuare un garante di fatto.

La risposta non può che essere positiva, e ciò ancora una volta in virtù della *ratio* sottesa al principio di effettività disciplinato dall'art. 299 TUSL.

In definitiva, il *principio di effettività* impone all'interprete – pubblico ministero e giudice - di non fermarsi all'"apparenza" della posizione di garanzia, limitandosi ad individuare il datore di lavoro in colui che riveste per legge (garante originario), o per delega (garante derivato) la posizione di garanzia, ma gli richiede di verificare se, in concreto, a quel ruolo di garanzia formale corrisponda il reale esercizio dei poteri organizzativi del lavoro, in cui è maturato l'evento di danno. In tale ottica debbono leggersi le decisioni della giurisprudenza di legittimità secondo nelle quali si afferma che non è solo, e non tanto, la qualifica astratta, ma anche e soprattutto la *funzione assegnata e svolta*, ad individuare il garante del rischio (cfr. Cass. pe., Sez. IV 29 marzo 2007 n. 12794; Cass. 7 luglio 1999 RV215065; Cass. 21 dicembre 1995 RV 204972).

Sul punto chiarificatrice è anche la già citata sentenza della Suprema Corte n. 4981 del 6 febbraio 2004 che, nel sottolineare come al fine di creare la qualità di datore di lavoro e, quindi la posizione di garanzia, è rilevante la verifica in concreto sul potere di decidere e quello di spendere, precisa che *"...il principio di effettività non ha mai significato che il soggetto gravato dalla posizione di garanzia e che disponeva dei poteri di decidere e di spendere potesse esonerarsene su base volontaria o contrattuale..."*. È proprio per questo che anche il legislatore ha previsto che la delega delle funzioni venisse assoggettata ad una rigorosissima serie di vincoli, che comunque non conducono alla totale esclusione della responsabilità del delegante, responsabile dell'alta vigilanza. Pertanto, prosegue la citata decisione della Suprema Corte, il principio di effettività deve considerarsi *"...un metodo anche conoscitivo per riportare la responsabilità laddove si trovano i poteri di decidere e di spendere, e non un modo per esonerare da responsabilità chi, per scelta propria di questi poteri disponga ma non li eserciti"*.

Ed ancora, è proprio facendo applicazione del medesimo metodo conoscitivo ed interpretativo, che si registrano decisioni della Suprema Corte che hanno fatto ricorso al principio di effettività per attribuire responsabilità nei casi di invalidità della delega delle funzioni, laddove comunque vi sia stato, in concreto, esercizio di fatto del potere delegato (così Cass. pen. Sez. IV sentenza 29 dicembre 2008 n. 48295 che osserva *"..l'invalidità della delega impedisce che il delegante possa essere esonerato da responsabilità, ma non esclude la responsabilità del delegato che di fatto abbia svolto le funzioni delegate"*).

## 8. LE INDAGINI PENALI ALLA RICERCA DEL GARANTE DI FATTO

### 8.1. I SUGGERIMENTI DELLA SUPREMA CORTE ALLA RICERCA DEL GARANTE (ANCHE DI FATTO) DEL RISCHIO LAVORATIVO.

Le premesse svolte in ordine alla rilevanza processuale della tematica del garante di fatto, e alle funzioni assegnate dal legislatore al principio di effettività, per come poi interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, costituiscono un bagaglio indispensabile anche per comprendere le riflessioni che nascono dall'esperienza del pratico, ed in particolare i criteri e le regole che guidano l'indagine penale *alla ricerca del garante di fatto*.

Sul punto, paiono invero rilevanti ancora alcune puntualizzazioni e spunti tratti da alcuni passaggi motivazionali della già citata sentenza *Thyssenkrupp*.

Le Sezioni Unite, infatti, offrono all'interprete, al pratico, e quindi al pubblico ministero fin dalla fase investigativa, una serie di suggerimenti per affrontare il tema dell'individuazione del soggetto responsabile che valgono a costituire supporto da cui inferire un vero e proprio *criterio metodologico* per affrontare l'indagine penale in materia di sicurezza sul

lavoro, ed in particolare quella, più complessa, in cui si tratta di accertare non semplicemente una violazione contravvenzionale, ma la responsabilità penale in ordine al verificarsi di un evento infortunio.

In primo luogo rileva il passaggio in cui la Suprema Corte affrontano il tema preliminare dell'identificazione del ruolo, delle competenze e poteri, che costituisce in effetti il passaggio iniziale ed ineludibile per ogni indagine penale che debba risolvere il problema della riferibilità soggettiva della condotta illecita in materia di sicurezza sul lavoro.

Per fare ciò, le Sezioni Unite suggeriscono all'interprete di partire da quella che viene definita la "mappa dei poteri", ossia il documento di Valutazione dei Rischi (DVR), sottolineando come "...un'importante indicazione normativa per individuare in concreto i diversi ruoli deriva dall'art. 28, relativo alla valutazione dei rischi ed al documento sulla sicurezza, che costituisce una sorta di statuto della sicurezza aziendale. La valutazione riguarda «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori».

Sarà proprio il DVR che dovrà contenere sia la valutazione dei rischi, l'individuazione di misure di prevenzione e protezione, l'individuazione delle procedure da adottare, e soprattutto i ruoli che vi devono provvedere, affidati a soggetti muniti di adeguate competenze e poteri.

Ecco perché il DVR viene a rappresentare nell'attuale sistema prevenzionistico una sorta di "mappa dei poteri e delle responsabilità" a cui ognuno, prima – in condizioni fisiologiche - i debitori di sicurezza del contesto di impresa interessato e poi, nel caso del verificarsi di situazioni patologiche, i soggetti addetti alla prevenzione ed il pubblico ministero, dovrebbe poter accedere per acquisire le informazioni pertinenti e gli *input* necessari per individuare sia l'area di rischio, che il garante chiamato ad assumere la corrispondente sfera di responsabilità per la gestione di detto rischio.

Invero, l'uso del condizionale è d'obbligo, poiché la prassi delle indagini in materia di sicurezza, soprattutto quando in rilievo vengono gli accertamenti su reati maturati in contesti di realtà imprenditoriali semplificate, sia individuali che imprese collettive semplici, dimostra sovente l'impraticabilità per il pubblico ministero di muovere la sua riflessione *alla* ricerca del soggetto responsabile partendo dal DVR, o perché esso risulta inesistente, o perché non adeguato in concreto ad assolvere alla funzione normativamente assegnatagli.

Ma a ben vedere le sollecitazioni della Suprema Corte valgono a superare anche tale possibile mancanza.

Rileva, in proposito, il passaggio in cui le Sezioni Unite sembrano descrivere quale debba essere il criterio cui il pubblico ministero prima, in fase di indagine, e il giudice poi - con il primo, e nel contraddittorio con la difesa - in sede di processo, debbono ispirare il loro accertamento per l'individuazione della posizione di garanzia gravata in concreto della responsabilità per il fatto illecito.

In particolare si legge: "...nell'individuazione del garante, soprattutto nelle istituzioni complesse, occorre partire dalla identificazione del rischio che si è concretizzato, del settore, in orizzontale, e del livello, in verticale, in cui si colloca il soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva".

Il ragionamento della Suprema Corte viene sul punto addirittura esemplificato, al fine di garantire che la sua finalità "sollecitatoria" per l'operatore del procedimento penale sia compiutamente assolta, arrivando a sostenere, semplificando nel modo più banale, che potrà accadere che: rientri nella sfera di responsabilità del "preposto" l'incidente occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa; in quella del "dirigente" il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa; in quella del "datore di lavoro", invece, l'incidente derivante da scelte gestionali di fondo.

Al contempo, potrà verificarsi anche il caso di una "catena di responsabilità" coinvolgente più soggetti titolari di distinte posizioni di garanzie, in ossequio all'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità secondo cui "...ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di tutela impostogli dalla legge" (da ultimo Cass. Pen. Sez. IV, sent. 4534 del 29 gennaio 2013).

Ebbene, tale criterio vale per qualsiasi accertamento volto ad individuare la posizione di garanzia gravata in concreto della *gestione del rischio*, qualunque sia il suo titolo di legittimazione, quello *originario*, del *garante di diritto*, investito in forza della previsione legale di cui all'art. 2 TUSL, o del *garante di fatto*, in forza del disposto dell'art. 299



TUSL, o viceversa, di *garante "derivato"*, investito dei suoi poteri – sempre che siano effettivi e rispondenti ai requisiti legali – in forza di una delega <sup>21</sup>.

In conclusione, l'individuazione del soggetto responsabile della sicurezza, ossia del *garante della gestione del rischio (lavorativo)*, dovrà avvenire passando di volta in volta al setaccio, in relazione alle peculiarità del caso concreto, e partendo dalla "mappa dei poteri" cristallizzata nel DVR, il soggetto investito a titolo originario, in via formale o di fatto, oppure il titolare di una posizione di garanzia derivata, ossia trasferitagli per delega. La peculiarità del singolo caso - come è intuibile - potrà condurre in relazione alla singola situazione concreta ad individuare molteplici e variabili soluzioni, fra cui anche il caso della *coesistenza* di più garanti di sicurezza, sia investiti a titolo originario, formali e di fatto, sia di garanti in forma derivata, con eventuale compresenza di una responsabilità residua del delegante (garante originario).

## 8.2. L'INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO RESPONSABILE IN GENERALE, E DEL GARANTE DI FATTO IN PARTICOLARE: IL METODO DI INDAGINE

Le indagini penali in materia di sicurezza sul lavoro presentano profili di inequivoca peculiarità.

Prima fra tutte, quella dovuta alla necessità di dover tenere conto della natura propria delle violazioni. L'accertamento del fatto reato, infatti, sia che questo sia integrato da semplici violazioni contravvenzionali, sia che appartenga al novero dei delitti colposi per infortunio sul lavoro o malattia professionale, od ancora, laddove integri uno dei delitti contro la sicurezza del lavoro e l'incolumità dei lavoratori previsti dal codice (si pensi ai delitti di omissioni dolose o colpose di cautele antinfortunistiche di cui agli artt. 437 e 451 c.p.), necessiterà comunque di dover dare prova oltre che della materialità della condotta e del profilo di colpa o dolo, anche della specifica qualifica del soggetto agente.

Tale verifica, proprio perché volta ad accertare un elemento costitutivo della fattispecie, non potrà che diventare - sin dall'origine - oggetto del *focus* dell'investigazione penale, che da un lato dovrà ricostruire un fatto storico per verificarne in concreto la sussumibilità in un'astratta ipotesi di reato, dall'altro, contestualmente, dovrà verificare la sussistenza in capo all'autore di quel fatto storico delle condizioni richieste dalla legge per identificarlo nel soggetto responsabile.

Il tema che viene in rilievo sotto questo profilo è quello dell'individuazione del soggetto gravato dalla posizione di garanzia, ossia del destinatario del precetto prevenzionistico che si assume in ipotesi in concreto violato, che diventa condizione essenziale, dapprima, per il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e, successivamente, per il giudizio di riferibilità soggettiva che è chiamato a compiere il giudice all'esito del giudizio.

Ciò detto, non v'è dubbio che proprio a fronte del verificarsi di fatti delittuosi, ed in particolare di eventi di infortunio occorsi sul luogo di lavoro, risulta fondamentale che il pubblico ministero indirizzi la propria azione di accertamento, ispirandola ad una metodologia che, contestualmente, ponga le condizioni per verificare e ricostruire sia il fatto storico da cui è scaturito l'evento lesivo, sia gli elementi probatori da cui inferire della riferibilità soggettiva della condotta illecita.

<sup>21</sup> Sul punto anche la Suprema Corte di recente ha precisato che ai fini dell'individuazione delle posizioni di garanzia assume rilevante interesse l'art. 299, che ha positivamente il *principio di effettività*. Tale norma va ad integrare quella prevista dall'art. 2 del medesimo decreto, che classifica e definisce le *figure legali dei garanti* della sicurezza, ovvero il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto. In sintesi, secondo quanto previsto dall'art. 299, l'acquisizione della veste di *garante* può aver luogo oltreché per effetto di una *formale investitura*, anche a seguito dell'*esercizio in concreto di poteri giuridici* riferiti alle diverse figure. È come se tale norma operasse una "duplicazione" dei garanti della sicurezza. Ebbene, è fondamentale comprendere come con riferimento ai soggetti previsti da tale norma, ossia datore di lavoro, dirigente e preposto "...la sfera di responsabilità organizzativa e giuridica così delineata è per così dire originaria", intendendo con tale espressione il fatto che "essa è generata dall'investitura formale o dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garanti". Da tale posizione di garanzia originaria, legale o di fatto, va tenuta distinta "...l'investitura del garante ... derivata", che si verifica nel caso della delega di funzioni. In proposito, pur senza entrare nel dettaglio dell'analisi della delega, occorre però una precisazione, anche per assecondare la preoccupazione che sul punto hanno esplicitato le stesse Sezioni Unite, le quali osservano come "...la materia della delega richiede un chiarimento di fondo piuttosto importante. È diffusa l'opinione (e la si rinviene spesso negli atti giudiziari) che i poteri e le responsabilità del dirigente e del preposto nascano necessariamente da una delega. Al contrario, le figure dei garanti hanno una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma deriva direttamente dall'investitura o dal fatto. La delega è invece qualcosa di diverso: essa, nei limiti in cui è consentita dalla legge, opera la traslazione dal delegante al delegato di poteri e responsabilità che sono proprie del delegante medesimo. Questi, per così dire, si libera di poteri e responsabilità che vengono assunti a titolo derivativo dal delegato". In sostanza, con la delega si opera una traslazione di poteri e responsabilità dal titolare della posizione di garanzia originaria (legale). È come se con la delega si determinasse una riscrittura della mappa dei poteri e delle responsabilità, fermo restando che in ogni caso, ai sensi dell'art. 16 del T.U., residua a carico del titolare della posizione di garanzia originaria obbligo di vigilanza "alta", che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato. Per il garante originario delegante non vi è inoltre effetto liberatorio senza attribuzione reale di poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa pertinenti all'ambito delegato. In breve, utilizzando espressioni della sentenza citata delle Sezioni Unite "...la delega ha senso se il delegante (perché non sa, perché non può, perché non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui attribuisce effettivamente i pertinenti poteri".

Nella prassi di indagine sovente tale “duplice e contestuale” obiettivo viene perseguito attraverso l’adozione di specifici protocolli investigativi, ossia schemi proceduralizzati che si propongono di guidare il pubblico ministero ed i suoi collaboratori nell’attività di acquisizione degli elementi di prova, sulla base dei quali, all’esito delle investigazioni, da parte del pubblico ministero verrà compiuta la valutazione prognostica in ordine alla capacità degli stessi di sostenere l’accusa in giudizio mediante la redazione dell’imputazione, in relazione al fatto storico ricostruito sussunto nel fatto reato ipotizzato a carico del soggetto ritenuto responsabile.

Il protocollo investigativo, però, a ben vedere altro non è che la traduzione in concreto di una metodologia di indagine.

Le problematiche connesse all’accertamento di responsabilità in casi evento infortunio occorso al lavoratore subordinato, infatti, possono essere estremamente variegata fra di loro, potendo dipendere alternativamente, e talvolta cumulativamente, sotto il profilo oggettivo, dalla tipologia di lavoro che ha dato origine all’evento infortunio, dalla specifica modalità di organizzazione del lavoro, dalla peculiarità del processo produttivo e dai contenuti tecnici di esso e – soprattutto ai fini che qui rilevano - sotto il profilo soggettivo, dalla forma giuridica del soggetto datoriale, in astratto suscettibile di ricomprendere sia il datore persona fisica, che quello dotato di personalità giuridica, la quale a sua volta si presenta come realtà estremamente diversificata, potendo essere costituita da società a responsabilità limitata di piccole dimensioni, o da società per azioni costituenti organizzazioni complesse.

Tale diversità di situazioni concrete, diretta conseguenza della molteplicità della realtà fenomenologica di impresa in cui matura l’evento infortunio, non agevola l’opera di astratta individuazione di schemi investigativi standardizzati, quali sono appunto i protocolli investigativi, dotati di valenza assoluta.

Un protocollo unico, infatti, rischia da un lato di peccare per difetto, proprio in ragione dell’elevato grado di complessità della materia della sicurezza del lavoro, in relazione alla diversità dei settori dell’attività di impresa, molti dei quali in continua evoluzione tecnica o, dall’altro, di peccare per eccesso, proprio per la difficoltà di cogliere mediante il ricorso ad uno schema unitario di indagine, non solo le peculiarità dei vari settori del mondo dell’impresa, ma soprattutto la varietà dei modelli organizzativi di lavoro che in concreto possono contraddistinguere anche i medesimi settori dell’attività di impresa, dipendendo da vari fattori, quali ad esempio la diversa dimensione o la forma datoriale cui fa capo l’attività.

In definitiva, l’esperienza concreta di indagini penali nel settore prevenzionistico, e soprattutto quella relativa ai casi in cui si tratta di dare risposta alla domanda in merito all’*individuazione del soggetto responsabile* dell’evento infortunio, fra cui potrà emergere anche (o da solo) il *garante di fatto*, induce ad optare per l’approccio ad una diversa proposta operativa, quella che consiste nel suggerire l’adozione di un *metodo di indagine*, anziché un modello astratto di protocollo investigativo, finalizzato a governare ed indirizzare le investigazioni.

Una simile soluzione, infatti, ha il merito da una parte di meglio adattarsi alla potenziale diversità della realtà di lavoro da investigare nel caso concreto e, dall’altra, di responsabilizzare il *dominus* dell’indagine, appunto il pubblico ministero, richiedendo un suo attivo, diretto e costante coinvolgimento nella direzione delle indagini, evitando invece quei rischi connessi ad un’applicazione - troppo spesso spersonalizzata – insita nell’attuazione dei protocolli investigativi, che possono rischiare di risolversi in delle vere e proprie deleghe in bianco alla polizia giudiziaria, seppur specializzata.

Il metodo a cui si pensa è proprio quello “suggerito” fra le pieghe delle pronunce che da anni vanno consolidandosi nella giurisprudenza della Suprema Corte, e di cui nel paragrafo precedente si sono delineati i tratti essenziali.

Si tratta di un metodo che ripercorrendo “a ritroso” il percorso dall’evento tipico al soggetto responsabile, pone le premesse sin dall’origine del procedimento affinché il pubblico ministero possa avere, all’esito delle indagini preliminari, tutti gli elementi utili per compiere la suddetta valutazione prognostica in ordine alla sostenibilità dell’accusa (ossia dell’esercizio dell’azione penale) in giudizio.

È un metodo che in tal senso, proprio perché parametrato su un criterio di decisione che è tipico dell’organo giudicante, ed addirittura del giudice nomofilattico, si presta a realizzare le condizioni per *giurisdizionalizzare* l’operato del pubblico ministero, approccio culturale quest’ultimo da molti indicato come approdo imprescindibile per evitare processi inutili, quali quelli istruiti in esito all’esercizio dell’azione penale che si fondi su un fatto non correttamente ricostruito, o su un ragionamento probatorio della colpa inconferente o errato, o addirittura – ai fini che qui più rilevano - nei confronti del soggetto sbagliato.

Si tratta, in definitiva, di offrire un metodo che eviti sin dall'inizio delle indagini di svolgere investigazioni superflue, inutili, o all'opposto lacunose, la cui unica conseguenza potrà essere nel successivo svolgimento del processo una decisione di proscioglimento dell'imputato (o degli imputati), perché il fatto non sussiste, o perché non costituisce reato, o ancor peggio perché l'imputato non lo ha commesso, vanificando la finalità stessa del processo penale, di per sé luogo di sofferenza sia per gli ipotizzati autori dell'illecito, che per le vittime, tanto più accentuata nei casi di contestazioni per colpa, in relazione ad infortunio sul lavoro.

In definitiva, ancora una volta recuperando ed approfondendo le considerazioni esposte in precedenza sulla *teoria della gestione del rischio*, tradurre in una logica procedimentalizzata, ossia in un metodo investigativo, il ragionamento delle Suprema Corte - almeno nei casi di infortunio sul lavoro, ossia quelli in relazione ai quali vengono istruiti i procedimenti penali più complessi, avviati per l'accertamento o meno di responsabilità colpose - presuppone di partire dalla compiuta ricostruzione in concreto dell'evento lesivo, per verificare come esso si è verificato, fotografando e cristallizzando le cause materiali che hanno determinato l'infortunio sul lavoro.

In tale fase, si deve tentare da parte del pubblico ministero di dare risposta a quella che in dottrina viene anche definitivamente la *causalità materiale della colpa*.

Successivamente, proprio partendo dall'esatta ricostruzione dell'evento, per come si è verificato in concreto, per il pubblico ministero che voglia individuare il soggetto responsabile sarà necessario risalire, "in orizzontale", per individuare l'*area di rischio* che quell'evento lesivo avrebbe dovuto prevenire ed evitare. Lo studio dell'area di rischio consentirà di individuare il catalogo delle regole cautelari la cui corretta osservanza avrebbe consentito di evitare il verificarsi di eventi lesivi (il processo definito in dottrina della *causalità della condotta*), e dalla cui violazione, all'opposto, può discendere il danno, proprio come effetto e concretizzazione di quel rischio (ossia il passaggio della *causalità della colpa*, che si muove fra il concetto di concretizzazione del rischio ed il giudizio controfattuale).

Individuata l'"area" di rischio, di fatto residuerà l'ultimo passaggio, quello appunto relativo all'identificazione del ruolo, delle competenze e poteri, ossia della *sfera di responsabilità* che avrebbe dovuto gestire il rischio, rispetto al quale potrà essere anche verificata la dimensione soggettiva della colpa, secondo il parametro della prevedibilità ed evitabilità.

È in questa fase che, il pubblico ministero, facendo sapiente uso dell'analisi degli elementi di prova raccolti attraverso le indagini volte a ricostruire l'evento lesivo per come si è verificato all'interno dell'organizzazione di impresa, potrà fare applicazione del criterio interpretativo di cui è espressione il principio di effettività positivizzato nell'art. 299 TUSL, addivenendo a compiere scelte definitive in ordine all'individuazione del soggetto responsabile, ossia il destinatario dell'addebito che potrà essere eventualmente elevato in esito alla chiusura della fase delle indagini preliminari, laddove opti per l'esercizio dell'azione penale.

È in questa fase che potrà emergere un *garante di fatto*, il cui ruolo potrebbe a seconda del caso concreto ricostruito associarsi alla responsabilità del garante di diritto, o addirittura sostituirsi ad esso, oppure accompagnare il ruolo di soggetto responsabile del titolare di una posizione di garanzia derivata, nei casi di una valida ed efficace delega, o sostituirsi ad esso, nell'ipotesi in cui lo strumento di trasferimento dei poteri si sia dimostrato inefficace, proprio in esito ad una analisi fattuale dell'attività di gestione del rischio.

In definitiva, una pluralità di soluzioni che possono risultare principalmente condizionate, come si dirà in seguito, dalla forma legale di esercizio dell'attività di impresa.

### 8.3. I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

Una volta chiarite le ragioni per le quali in tema di indagini penali nel settore prevenzionistico, al fine di affrontare la problematica dell'individuazione del titolare della posizione di garanzia, risulti preferibile adottare un *metodo* di ricerca degli elementi di prova utili, anziché proporre un *modello astratto di protocollo investigativo*, appare utile procedere ad un'esposizione dei tradizionali strumenti di ricerca della prova, cercando di evidenziarne le specifiche potenzialità per risolvere la problematica dell'identificazione del garante del rischio lavorativo, sottolineando al contempo che sarà poi proprio la singola vicenda processuale, in relazione alla sua maggiore o minore complessità, a rendere necessario il ricorso ai singoli mezzi di ricerca della prova, da assumere singolarmente o in modo composito fra di loro.

Di seguito, pertanto, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza strettamente operativa, del ricorso a mezzi di ricerca della prova che possono rilevarsi in concreto fondamentali per

acquisire contezza procedimentale (da tradurre in prova processuale) degli indici fattuali e sintomatici dell'esistenza di un *garante di fatto*, sia esso datore di lavoro, dirigente o preposto.

### 8.3.1.A. LE FONTI DICHIARATIVE: LE SOMMARIE INFORMAZIONI ACQUISITE SUL LUOGO DI LAVORO DA SOGGETTI INTRANEI AL CONTESTO ORGANIZZATIVO IMPRENDITORIALE

Tra le fonti di prova che possono risultare decisive al fine di delineare secondo il principio di effettività chi in concreto abbia esercitato posizioni di garanzia *di fatto*, rilevanti in riferimento alla imputazione della violazione in materia di sicurezza sul lavoro, vi sono quelle di natura dichiarative.

Il ruolo dei possibili testimoni, invero, soprattutto nelle indagini per infortuni sul lavoro, risulta di rilevanza centrale per l'intero procedimento probatorio che miri a ricostruire l'evento lesivo, partendo dalla ricostruzione della materialità del fatto, per passare attraverso la verifica del rispetto o meno della prescrizioni cautelari, ed arrivare all'analisi della sussistenza di un nesso fra evento accaduto e violazione accertata.

Da qui la conferma, proprio con riferimento alle fonti di prova dichiarativa, dell'indispensabilità di un approccio investigativo che da subito, ossia sin dalle fasi del primo sopralluogo (in casi di infortunio), o di primo accesso ispettivo (per le ipotesi più semplici di violazioni contravvenzionali), che privilegi un'acquisizione "congiunta" di tutti quegli elementi di prova da cui trarre, in seguito, spunti per decidere di un'eventuale riferibilità soggettiva dell'addebito relativo al reato accertato.

In tal senso, la riflessione sull'ascolto dei dichiaranti merita un approfondimento *ad hoc*, che consente di essere però condotta distinguendo da un lato le fonti di prova dichiarative *interne* all'organizzazione di lavoro investigata, da quelle *esterne* ad essa.

Le fonti dichiarative *interne* sono costituite da coloro che operano stabilmente nel contesto lavorativo in cui si è verificata la violazione prevenzionistica che ha dato luogo al reato contravvenzionale o all'infortunio sul lavoro, con qualsiasi ruolo, funzione o mansione. Da queste, si evidenzia, sarà possibile potenzialmente acquisire informazioni utili al fine dell'individuazione del soggetto responsabile, anche eventualmente enucleando la responsabilità di un *garante di fatto* a prescindere dalla loro presenza in occasione del verificarsi del reato per cui si procede. Essi, infatti, sono soggetti in possesso di un bagaglio di informazioni utili sullo svolgimento nel tempo del processo produttivo, della vita di impresa e delle dinamiche decisionali che soggettivamente la governano, ossia una serie di elementi informativi di prova da cui poter ricavare argomenti decisivi al fine dell'individuazione del gestore del rischio.

Ciò detto, come l'analisi della casistica consenta di constatare che, in più circostanze, sin dal "primo accesso" sul luogo di lavoro possono emergere elementi sintomatici di una non corrispondenza fra la titolarità formale della posizione di garanzia di datore di lavoro, e l'esercizio in concreto dei poteri di organizzazione del lavoro.

Tale situazione accade prevalentemente in contesti lavorativi non complessi, siano essi riferibili all'esercizio di impresa in forma individuale o collettiva.

Nel primo caso, infatti, sin dal primo accesso non dovrebbero esservi dubbi sull'identificazione del datore di lavoro, potendo al più venire in rilievo la necessità di verificare se sia stata correttamente esercitata la facoltà di trasferimento di funzioni su un delegato (come si è detto da non escludersi in astratto sulla base di un mero criterio di dimensione dell'impresa). Laddove, pertanto, a fronte di tale accesso il datore di lavoro formale non sia immediatamente individuabile, o non appaia *ictu oculi* il gestore dell'attività, nell'operatore di polizia specializzato dovrà (necessariamente) insinuarsi il dubbio di una divergenza tra quanto appare nella forma, e quanto ha luogo nella sostanza.

Analogamente accade per le imprese esercitate sotto la forma di società di persone, nelle quali la titolarità formale coinvolge tutti i soci, che pertanto di regola dovrebbero essere tutti presenti e coinvolti in concreto nella gestione dell'attività produttiva, come responsabili dell'organizzazione del lavoro.

Ebbene, per tutte le ipotesi in cui sin dall'immediatezza dell'accesso sul luogo di lavoro, sia possibile rilevare tale *apparente distonia* fra il dato formale della titolarità della posizione di garanzia, e l'esercizio concreto del ruolo di datore di lavoro, diviene essenziale anche per l'utile prosieguo delle investigazioni che tali emergenze fattuali *vengano cristallizzate*.

A tal fine, serviranno in primo luogo apposite annotazioni di polizia redatte dal personale specializzato dei tecnici di prevenzione, in cui si dia conto proprio dell'anomalia fra quanto emerso in concreto, e quanto invece ci si sarebbe potuti

attendere in astratto, secondo quanto desumibile dall'analisi dei dati formali relativi all'impresa controllata. Tali annotazioni potranno poi divenire base per condurre l'esame dibattimentale dell'operatore di p.g., una volta che lo stesso sarà stato indicato nella lista testimoniale del processo in materia di sicurezza, eventualmente istruito a carico del garante di fatto, individuato come responsabile proprio all'esito dell'indagine originata da quello specifico sopralluogo.

In secondo luogo, rileveranno le informazioni acquisibili dalle fonti dichiarative *interne* al contesto lavorativo. Si osserva in proposito come solitamente il personale specializzato di p.g., i tecnici AUSL delle U.F. di Prevenzione, Igiene e Sicurezza sui luoghi di lavoro, nel corso del primo accesso ispettivo effettuato sul luogo di lavoro, dovrebbe avere cura di acquisire tutte le informazioni essenziali a porre le premesse per ricostruire le modalità di verifica dell'evento lesivo, o accertate la materialità del fatto reato contravvenzionale. Tale momento di acquisizione "a caldo" di informazioni può rivelarsi decisivo per il conseguimento dell'obiettivo, in quanto l'assunzione di informazioni testimoniali sul luogo di lavoro oggetto della verifica rappresenta senza dubbio uno degli strumenti di indagine più utili per "fotografare" lo stato di fatto della gestione dell'attività di impresa, ponendo le premesse per compiere, a posteriori, valutazioni anche più mirate e stringenti in ordine alla causalità materiale dell'evento lesivo, onde poi trarne conseguenze anche in tema di individuazione del soggetto responsabile, eventualmente anche in ordine all'individuazione di un *garante di fatto*, diverso da quello di diritto.

Al contempo, non può sottacersi il fatto che nella pratica il tentativo di approfondire sin dal primo accesso la dinamica dell'evento, soprattutto nei casi di infortunio sul lavoro, ed eventualmente individuare spunti utili per inquadrare la posizione di garanzia, di fatto e/o diritto, non risulti sempre facilmente praticabile. Non sempre, infatti, nel corso del primo accesso l'operatore è in possesso di adeguate informazioni sul tipo di attività lavorativa oggetto di accertamento, e soprattutto sull'organizzazione dell'attività di impresa, che invece possono risultare essenziali per condurre l'esame di possibili testimoni, acquisendo informazioni su dati di sicuro interesse investigativo. Ciò nonostante, tenuto conto del fatto che rinviare ad un momento successivo al primo accesso sul luogo di lavoro la formalizzazione di possibili testimoni in merito alla ricostruzione delle circostanze essenziali di verifica dell'evento infortunio, può concretamente condizionarne l'esito, a causa del rischio di inquinamento esercitato dal contesto di lavoro su tali fonti – rappresentate solitamente dai lavoratori subordinati, colleghi dell'infortunato e, al tempo stesso, dipendenti del potenziale responsabile dell'infortunio - appare comunque preferibile sin dall'immediatezza cercare di cristallizzare un primo patrimonio informativo, utile a ricostruire la materialità dell'evento, l'organizzazione del lavoro, la stessa titolarità della gestione effettiva del lavoro, per poi lasciare ad una successiva fase investigativa - attivata eventualmente da una mirata delega del pubblico ministero - il compito di approfondire le questioni emerse, anche tenendo conto delle eventuali ulteriori informazioni nel frattempo acquisite sullo specifico processo produttivo investigato, e su quant'altro possa risultare adeguato a misurare la genuinità e credibilità del dichiarante.

Si sottolinea, fra l'altro, come una simile soluzione metodologica appare essere anche la più appropriata a fronte di orientamenti giurisprudenziali di legittimità che, in tema di false informazioni rese da lavoratori nel corso delle indagini, con l'evidente intento di tutelare la parte debole del rapporto di lavoro, appunto il lavoratore dipendente, finiscono di fatto per annullare l'ambito di configurabilità del delitto di favoreggiamento in favore del datore di lavoro. In proposito si evidenzia come la Suprema Corte abbia innanzitutto ritenuto sussistere la causa di esclusione della punibilità prevista per chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, nell'ipotesi del soggetto, lavoratore subordinato, che aveva reso mendaci dichiarazioni per evitare un'accusa penale nei suoi confronti, ovvero per il timore di essere licenziato e perdere il proprio posto di lavoro, tutelando in tal modo l'esercizio sia del diritto di difesa, che del diritto al lavoro, quali manifestazioni della libertà personale di ciascun individuo (il caso era relativo alle mendaci informazioni rese dai lavoratori di un'impresa edile nell'ambito di un procedimento penale per violazione di norme antinfortunistiche, a seguito di un incidente sul lavoro patito da un operaio straniero; così Cass. Pen. Sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398). Ed ancora, l'esimente di cui all'art. 384 c.p., con la conseguente esclusione del delitto di favoreggiamento, è stata ritenuta applicabile anche nell'ipotesi in cui lo stato di pericolo per la libertà o per l'onore era stato cagionato volontariamente dall'agente (il caso era quello in cui, dopo un incidente sul lavoro occorso ad un dipendente, il caposquadra aveva mutato lo stato dei luoghi, così da far apparire una diversa dinamica dei fatti ed il rispetto delle norme antinfortunistiche. La Corte ha ritenuto che l'agente, oltre che per favorire il suo datore di lavoro, aveva agito per evitare una imputazione di concorso nel reato di lesioni personali; così Cass. Pen. Sez. VI, 4 marzo 2009, n. 20454).

Quanto, infine, alla determinazione dell'oggetto sul quale dovrà vertere l'esame della fonte dichiarativa rappresentata dal lavoratore subordinato, soprattutto nella fase differita rispetto al primo accesso, seppur prescindendo dal riferimento a casi concreti, appare rilevante evidenziare come sia fondamentale far precedere l'ascolto della fonte da

una preventiva ricostruzione *aliunde* del sistema organizzativo di lavoro investigato e delle specifiche mansioni del dichiarante; ciò consentirà all'investigatore di contestualizzare – a priori - il ruolo del dichiarante, sia con riferimento al processo produttivo, che con riguardo ai responsabili di detto sistema, facilitando l'approfondimento dell'esame in riferimento all'evento illecito da ricostruire, ed alle informazioni di cui lo stesso sia in possesso utili ad individuare il doveroso rispetto degli obblighi prevenzionistici.

Infine l'oggetto specifico dell'esame. Si tratterà, dovendo necessariamente astrarre dal caso concreto, e quindi con inevitabile rischio di generalizzazione, di incentrare l'esame della fonte dichiarativa su tutto quanto utile ad individuare nella singola situazione data *coloro che di fatto si accollano e svolgono i poteri dei garanti di diritto*, argomento ormai costantemente seguito dalla giurisprudenza della Suprema Corte per affermare la responsabilità del *garante di fatto*, sia esso il datore di lavoro, in via principale, ma anche il dirigente ed il preposto (vedasi da ultimo anche Cass. Sez.4, 6.2.2018, n. 12643, Sez.4., 10.10.2017, n. 50037, Sez.4, 4.4.2017, n.22606).

La definizione legale delle predette posizioni di garanzia originarie dovrà pertanto divenire guida per l'accertamento della eventuale sussistenza di figure "occulte", non dotate di poteri formali, ma coinvolte *fattualmente* nella gestione del rischio lavorativo. Si tratterà di verificare, mediante mirate domande idonee a sollecitare la fonte dichiarativa, se accanto, o anche oltre, alle figure formali emergenti dall'organigramma aziendale e dalla "mappa dei poteri" costituita dal DVR, vi sia:

- qualcuno che "...ha la responsabilità dell'organizzazione...in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa", in quanto in grado di decidere, ad esempio, dell'assunzione dei lavoratori, di come ripartire le mansioni agli stessi, della corresponsione degli stipendi, di relazionarsi anche a fini di spesa con i fornitori, con i manutentori, con la rete commerciale di rivendita;
- qualcuno che "...attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa..", ossia in grado di assumere nell'ambito dell'organizzazione lavorativa il compito di referente del datore di lavoro, preoccupandosi di tradurre in concreto le sue indicazioni, traducendole quotidianamente nell'ambito della specifica area di competenza in indicazioni operative, in modo da trasmettere ai lavoratori impiegati nel processo produttivo il volere del centro decisionale di vertice;
- qualcuno 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..", ossia la figura a più stretto contatto con il lavoratore, il penultimo anello del processo produttivo, che però conservi un margine di autonomia – riconosciutogli in forza di competenze professionali specifiche – tale da essere in grado da un lato, di controllare l'esecuzione del lavoro e, dall'altro, di aver in relazione ad esso un potere sollecitatorio.

In definitiva, si tratterà di partire proprio dalla definizione legale dei *garanti (originari) di diritto* che, in quanto così ben dettagliate, invero facilitano anche l'attività dell'operatore che in fase di indagine debba accertare la sussistenza eventuale di posizioni di garanzia di fatto.

### **8.3.1.B. LE FONTI DICHIARATIVE: LE SOMMARIE INFORMAZIONI ACQUISITE DA SOGGETTI ESTRANEI AL CONTESTO ORGANIZZATIVO IMPRENDITORIALE**

Altrettanto utili saranno poi le informazioni acquisibili da soggetti terzi *estranei* all'attività di lavoro, ma comunque occasionalmente presenti sul luogo di lavoro.

A fronte di tali fonti dichiarative solitamente sono minori le difficoltà connesse all'assunzione. Esse, infatti, proprio perché estranee al contesto lavorativo, più facilmente si sottraggono al rischio di condizionamento autogeno o endogeno cui sono invece soggette le fonti *interne* al processo produttivo lavorativo investigato. La conseguenza più immediata si apprezza solitamente proprio in fase di acquisizione delle prime informazioni, che generalmente risultano genuine quanto alla ricostruzione del fatto conosciuto, ed ai soggetti coinvolti, potendo, semmai, rischiare di incorrere in genericità su aspetti per la cui rappresentazione è necessariamente richiesta una conoscenza puntuale dell'ambiente di lavoro, rispetto al quale esse sono appunto estranee.

In sostanza, se da una parte il soggetto esterno al luogo di lavoro oggetto di indagine rappresenta una fonte dichiarativa di prova potenzialmente attendibile soggettivamente, proprio perché estraneo rispetto all'organizzazione del sistema di lavoro, dall'altra, tale estraneità rischia di renderlo potenzialmente meno credibile oggettivamente, in quanto genericamente informato sui fatti di rilievo investigativo e, come tale, non sempre facilmente riscontrabile.

Da ciò appare doveroso trarre conseguenze anche sul piano delle scelte investigative. Laddove le contingenti esigenze investigative del caso concreto abbiano consentito di individuare una serie di fonti dichiarative “estranee” al luogo di lavoro - in cui si è verificata la violazione alla normativa di sicurezza rilevante di per sé, o ipotizzata essere causa di un infortunio – è opportuno che il pubblico ministero riesca ad operare a monte una corretta selezione delle stesse, in modo da procedere poi all’esame soltanto di quelle che possano in concreto fornire un contributo utile alle indagini.

In sostanza, nel caso di persone (potenzialmente) informate sui fatti diverse dai lavoratori subordinati, o in genere da fonti dichiarative *interne*, i problemi investigativi analizzati per queste ultime risultano esattamente ribaltati; non si tratterà, infatti, tanto di risolvere questioni connesse al tempo e alle modalità di ascolto della fonte, onde evitare che la stessa possa risultare condizionata nel suo riferire, minandone attendibilità e credibilità, quanto piuttosto di individuare il dichiarante, secondo criteri e parametri che consentano a priori di delinearla come fonte di potenziale conoscenza di circostanze utili. Una volta che tale fonte sarà stata individuata, proprio perché estranea al contesto del luogo di lavoro investigato, potrà seguire il suo diretto esame senza particolari questioni connesse al tempo ed alle modalità di ascolto, con l’unico limite di mirare all’obiettivo di raccogliere informazioni di interesse sul titolare della posizione di organizzazione del processo produttivo che viene in rilievo nel caso concreto.

Ma quali sono gli strumenti per risolvere il problema dell’individuazione delle fonti dichiarative “esterne” al contesto di lavoro investigato, potenzialmente in grado di riferire elementi di fatto utili?

Per fornire risposta al quesito è necessario svolgere alcune considerazioni su altri mezzi di ricerca della prova, quali le perquisizioni, i sequestri, gli ordini di esibizione.

Si tratta di mezzi di ricerca della prova connotati da un *minimo comune denominatore di invasività*. Sono strumenti che permettono di entrare nella vita dell’organizzazione di impresa, a fine di conoscerla, prescindendo da una disponibilità e collaborazione spontanea offerta dai referenti legali della stessa. È proprio attraverso tali strumenti che possono emergere elementi utili per rintracciare soggetti terzi, estranei al contesto lavorativo investigato, ma che in ragione del loro ruolo, e del rapporto soggettivo con i responsabili del sistema produttivo, possono risultare potenzialmente a conoscenza di una serie di elementi utili in ordine al funzionamento e alla gestione del rischio lavorativo, e quindi circostanze da cui trarre spunti per delineare sfere di responsabilità facenti capo anche a *garanti di fatto*.

### 8.3.2. LE PERQUISIZIONI, I SEQUESTRI E GLI ORDINI DI ESIBIZIONE

L’efficacia dell’indagine penale in materia di sicurezza non può prescindere da una compiuta contestualizzazione del fenomeno investigato.

In tal senso, si evidenzia come il pubblico ministero nel suo operare non può dimenticare che l’attività di impresa, in qualunque forma essa venga esercitata, individuale o societaria, si caratterizza per essere “...*un’attività economica professionalmente organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*” (art. 2082 c.c.). Attraverso la predetta definizione codicistica di imprenditore - ed impresa – ancor prima e a prescindere da qualsiasi tipo di valutazione economica, è possibile comprendere l’intrinseca natura dell’attività di impresa, delineandola come attività funzionalmente rivolta all’esterno per il conseguimento dei suoi fini.

In sostanza, “fare impresa” significa organizzare in modo professionale il lavoro, con lo scopo di produrre beni e servizi da destinare a terzi, esterni all’impresa, al fine di conseguimento di profitto.

Ebbene, proprio partendo da tale dato di realtà sul modo di essere e di fare impresa, il pubblico ministero può trarre spunti utili per individuare potenziali fonti di prova, sia dichiarative che documentali, essenziali per ricostruire nell’ordine: l’organizzazione del processo produttivo; le modalità del suo svolgimento concreto; il ruolo esercitato, non solo in via formale, ma anche eventualmente di fatto, dai protagonisti dell’attività produttiva, ossia dai soggetti responsabili, destinatari degli obblighi posti dalla normativa prevenzionistica.

Pertanto, se è vero che l’impresa per realizzare le sue finalità deve porsi come soggetto naturalmente *rivolto all’esterno*, sarà altrettanto immaginabile che coloro che periodicamente entrano in contatto con l’impresa, possano contribuire a chiarire circostanze di fatto utili ad individuare anche l’organizzazione del lavoro, e pertanto ad identificare il responsabile dei singoli processi produttivi.

A titolo meramente esemplificativo si pensi in tal senso al bagaglio di conoscenze ed informazioni che possono potenzialmente essere tratte da:

- coloro che hanno rapporti di fornitura della materia prima lavorata nel processo produttivo oggetto di accertamento, o di coloro che forniscono servizi per il funzionamento del processo produttivo;
- coloro che forniscono periodicamente supporto tecnico esterno al processo produttivo, come nel caso dell'attività di assistenza e manutenzione dei macchinari e degli apparati strumentali di impresa;
- coloro che svolgono attività ausiliarie, come quelle connesse alla rappresentanza funzionale alla commercializzazione dei prodotti realizzati;
- coloro che costituiscono il vasto e variegato mondo della clientela dei beni prodotti dall'impresa, quali i soggetti intermedi (si pensi ai grossisti), o i rivenditori al dettaglio (ultimo segmento della commercializzazione).

Ebbene, l'intera pletera di questi soggetti, seppur diversificata per numero e tipologia in ragione della specifica attività di impresa oggetto della singola vicenda investigativa e dell'accertamento in materia di sicurezza sul lavoro, rappresenta una "potenziale fonte dichiarativa" in grado di riferire circostanze utili a ricostruire compiutamente l'organizzazione del lavoro e, per l'effetto, fornire supporto fattuale in termini di elementi di prova da cui poter inferire dal punto di vista logico argomenti decisivi in ordine all'individuazione del soggetto responsabile in genere ed, eventualmente, anche della presenza di un *garante di fatto*.

Dunque, il problema che si pone al pubblico ministero è quello di come individuare e selezionare tali fonti dichiarative. La ricerca di tali informazioni può avvenire nelle indagini in materia di sicurezza del lavoro secondo il ricorso a strumenti di prova tradizionali, quelli che in precedenza sono stati indicati nelle perquisizioni, nei sequestri, negli ordini di esibizione.

È evidente che nel fare ricorso ai predetti strumenti sarà innanzitutto necessario per il pubblico ministero tenere conto dei limiti operativi posti dalla disciplina processualpenalistica. In tal senso, la perquisizione prima, ed il conseguente – eventuale – sequestro poi, dovranno essere motivati in relazione al vincolo di pertinenzialità esistente fra l'ipotesi criminosa per cui si procede e il bene che viene dapprima ricercato, e poi assoggettato a vincolo.

Al riguardo, si osserva, tale pertinenzialità deve ritenersi ampiamente giustificata in riferimento a tutta quella documentazione connessa all'attività produttiva, in relazione alla quale si è verificata l'ipotizzata violazione in materia di sicurezza. Si fa riferimento appunto ai documenti che attestano la fornitura di beni e servizi della materia prima, quelli relativi alla manutenzione dei macchinari coinvolti nell'infortunio, quelli relativi all'assistenza tecnica svolta nel tempo per assicurare il funzionamento del processo produttivo e così via.

In sostanza, tutto ciò che è connesso all'organizzazione del processo lavorativo in cui si ipotizza essere maturata la violazione in materia di sicurezza pare ragionevolmente rientrare nel concetto di pertinenzialità che la giurisprudenza di legittimità ritiene essenziale per verificare il corretto operato del pubblico ministero in sede di emissione del decreto di perquisizione e di sequestro a fini probatori.

L'esperienza dimostra che, così motivato, il vincolo probatorio eventualmente adottato sui documenti sinteticamente indicati non sia suscettibile di essere censurato. Nella pratica il vincolo risulterà per la maggior parte dei casi avere ad oggetto documenti, di cui peraltro si potrà disporre ai sensi dell'art. 258 c.p.p. il rilascio di copia all'interessato, se indispensabili alla prosecuzione dell'attività.

Laddove le informazioni di interesse investigativo dovessero essere contenute su supporti informatici, si potrà alternativamente procedere o nelle forme della perquisizione informatica ex art. 247 1° co. *bis* c.p.p., o con un sequestro probatorio dei supporti (materiali informatici, *hardware*), su cui disporre una successiva consulenza informatica per l'acquisizione del dato rilevante, eventualmente nelle forme garantite, laddove ciò sia indispensabile in relazione alla specifica operazione tecnica da effettuare.

Quali documenti cartacei o informatici sequestrare? La casistica risulta anche in tal caso troppo variegata per consentire di fornirne una rappresentazione esauriente. Ciò che però risulta rilevante è sottolineare come, potenzialmente da qualsiasi documento rinvenibile all'interno degli uffici o degli stabilimenti dell'impresa in cui è maturato il fatto illecito per violazioni della disciplina prevenzionistica, potrebbe essere tratta un'informazione utile per risalire ad un soggetto terzo, esterno al sistema di lavoro investigato, potenzialmente a conoscenza dell'ambiente di lavoro, di come si svolge il processo produttivo e di chi ne sia l'effettivo gestore.



A titolo meramente esemplificativo, e senza alcuna pretesa di completezza, si pensi:

- ai documenti di trasporto: che consentiranno di acquisire informazioni su soggetti che hanno trasportato beni da o verso l'impresa, sui destinatari o sui fornitori;
- alla documentazione contabile, come quella rappresentata da fatture: che permetterà di risalire al fornitore della merce o al destinatario della stessa;
- ai documenti relativi alle manutenzioni periodiche cui sono sottoposte solitamente le macchine utilizzate nei sistemi produttivi: che permetteranno di individuare i soggetti referenti della manutenzione stessa, i quali sovente operano direttamente sul luogo di lavoro ove il macchinario è installato, così venendo a contatto per ore, e talvolta addirittura per giorni, con le dinamiche di organizzazione interne al luogo di lavoro e con chi la dirige.

Tutta la predetta documentazione, acquisibile invero in molti casi dalla polizia giudiziaria sin dal primo accesso sul luogo del fatto reato, potrà dunque divenire - anche nel corso delle indagini preliminari, una volta che il pubblico ministero abbia assunto il diretto coordinamento dell'indagine - lo strumento "mediato" attraverso cui risalire a potenziali fonti dichiarative in grado di riferire circostanze utili sulle modalità di svolgimento del lavoro in cui è maturato l'infortunio, o si è concretizzata la violazione in materia di sicurezza sul lavoro.

Laddove l'acquisizione di detta documentazione sia avvenuta sin dall'immediatezza del fatto, sotto forma di sequestro probatorio, dovrà essere cura del pubblico ministero motivare adeguatamente il vincolo di pertinenzialità fra di essa e l'ipotesi criminosa, nei modi sopra indicati (ossia, si ribadisce, di strumenti di interesse investigativo, connessi al reato maturato nel contesto di lavoro, utili a chiarire la dinamica dell'organizzazione del sistema produttivo di lavoro).

Laddove la p.g. nell'immediatezza del sopralluogo abbia invece ottenuto la spontanea consegna dei suddetti documenti, anche eventualmente rilasciando copia al detentore, di essi sarà possibile fare uso procedimentale e processuale anche senza essere sottoposti a vincolo probatorio, facendo ricorso alle forme di cui all'art. 234 c.p.p.

Nei casi di successivo accesso al luogo di lavoro, ossia dopo il deposito della notizia di reato, laddove si agisce su delega del pubblico ministero precedente, ai fini dell'acquisizione di tali documenti sembra invece più corretto - soprattutto in caso di indagato noto già iscritto nel registro ex art. 335 c.p.p. - fare ricorso al decreto di perquisizione delegato, funzionale a consentire l'accesso al luogo di lavoro nel rispetto delle garanzie difensive dell'indagato.

### 8.3.3. I DOCUMENTI ORGANIZZATIVI E LE INFORMAZIONI ACQUISIBILI ATTRAVERSO "ARCHIVI" ISTITUZIONALI

L'organizzazione aziendale che fa da sfondo al contesto lavorativo che diviene oggetto di indagine, ancora una volta sia nel caso di infortuni sul lavoro, che di mere violazioni alla normativa in materia di sicurezza, in via *fisiologica* dovrebbe essere caratterizzato da una serie di documenti da cui trarre informazioni fondamentali in ordine all'individuazione del garante del rischio, e quindi potenzialmente anche del *garante di fatto*.

A prescindere dalla forma giuridica in cui l'attività di impresa sia svolta, sarà innanzitutto necessario per il datore di lavoro dotarsi del DVR, la già definita "mappa dei poteri" secondo l'orientamento più recente della Suprema Corte.

Tale obbligo grava in via esclusiva sul datore di lavoro ai sensi 17.1° co. lett.a) TUSL, e risulta espressamente sanzionato (art. 55.3° co. TUSL).

Sempre sul datore di lavoro grava il compito di nominare il RSPP (art. 17.1° co. lett.b), scelta - come la precedente - non delegabile, che assieme al medico competente, è destinato a svolgere un ruolo fondamentale di consulente del datore di lavoro e, seppur a differenza di quest'ultimo - soggetto gravato da specifici obblighi, in materia ad esempio di "sorveglianza sanitaria", che costituiscono fonte di responsabilità anche penale, e contribuiscono ad assegnargli una posizione di garanzia legale - non risulti destinatario di sanzioni penali dirette per il caso di violazioni ai suoi compiti, nel caso del verificarsi di infortuni sul lavoro potrà essere chiamato a rispondere, anche titolo di responsabilità penale, insieme al datore di lavoro, laddove l'evento lesivo sia causalmente ricollegato ad un difetto di gestione del rischio che attiene proprio alla fase di previsione dello stesso, e di conseguente programmazione delle misure adeguate ed idonee a eliminarlo o quanto meno ridurlo.

In sede di primo sopralluogo della p.g. specializzata, pertanto, anche laddove non siano chiare le esatte dinamiche di verifica di un evento infortunio, costituisce buona regola acquisire il DVR, nonché gli atti di nomina del RSPP.

Dalla “mappa dei poteri” si potrà infatti avviare la ricerca investigativa per accertare come sia stato gestito il rischio lavorativo in fase di programmazione, traendo spunti utili per individuare in quale specifica “area di rischio” l’evento lesivo si collochi, e chi fosse in astratto stato individuato all’interno dell’organizzazione aziendale per gestire tale area di rischio, assumendone correlativamente la corrispondente “sfera di responsabilità”.

Dal DVR, in sostanza, si possono muovere ipotesi in ordine alla riferibilità soggettiva della condotta antigiuridica - laddove essa sia stata posta effettivamente in essere - al datore di lavoro, o al dirigente, o al preposto e, insieme a loro, in relazione alle singole casistiche, eventualmente anche ai “collaboratori del datore di lavoro”, appunto il RSPP o il medico competente, senza dimenticare che sovente l’addebito potrà coinvolgere anche una “catena di responsabilità concorrenti” fra i predetti soggetti.

Accanto al DVR dovrà essere acquisita, se presente, la delega di funzioni, da sottoporre a successiva, pregnante, verifica in ordine alle sussistenze delle condizioni di legge richieste in punto di validità ed effettività di trasferimento dei poteri, condizioni queste essenziali perché essa possa concretamente produrre i suoi effetti.

Altre informazioni utili, anche di natura documentale, possono poi essere acquisite attraverso un mirato utilizzo delle banche dati cui hanno solitamente accesso le forze di polizia giudiziaria.

In proposito occorre sottolineare come l’attuale ordinamento istituzionale si caratterizzi per la presenza di una pluralità di enti pubblici, o di enti privati di diritto pubblico, che possono costituire una potenziale fonte di conoscenza per le indagini penali che mirino ad acquisire informazioni, anche in forma di meri spunti investigativi, utili per individuare il reale titolare della posizione di garanzia all’interno dell’organizzazione di lavoro.

Si pensi a quanto accade per le banche dati gestite da soggetti quali l’INPS, l’INAIL, l’Agenzia delle Entrate o le Camere di Commercio. Ognuna di queste banche dati, che concorrono a realizzare le finalità istituzionali dell’ente presso cui sono istituite, possono divenire un potenziale bacino di informazione per l’indagine penale. Solitamente, infatti, tali banche dati sono caratterizzate da un minimo comune denominatore, ossia l’essere alimentate da informazioni che vengono trasmesse da soggetti terzi per via telematica. Il dato trasmesso, una volta acquisito dall’ente destinatario, viene elaborato e catalogato secondo le specifiche finalità dell’ente stesso.

Ebbene, proprio l’acquisizione di informazioni in merito al soggetto che ha trasmesso il dato di interesse per l’ente può diventare il primo passaggio per risalire al reale titolare dell’informazione che è stata comunicata. Tali informazioni sono quelle che attengono alla vita d’impresa, e riguardano diversi contenuti a seconda dell’ente cui l’informazione viene comunicata; ad esempio:

- all’INPS e all’INAIL vengono comunicati i dati relativi all’assunzione dei lavoratori, al loro inquadramento, ai tempi di lavoro e alla retribuzione dovuta;
- all’Agenzia dell’Entrate le dichiarazioni rese in adempimento degli obblighi fiscali;
- alle Camere di Commercio le comunicazioni relative ai momenti fondamentali della vita dell’impresa, quali l’inizio e la cessazione dell’attività, la tipologia dell’attività, la forma giuridica di gestione della stessa.

È proprio dall’acquisizione delle informazioni sul “soggetto trasmittente il dato”, che solitamente potrà avvenire, ad esempio, attraverso l’emissione da parte del PM di un ordine di esibizione ex art. 256 c.p.p., che sarà possibile:

- o individuare il soggetto che direttamente è titolare di quelle informazioni, e come tale inevitabilmente soggetto o personalmente coinvolto nella gestione dell’impresa, o a conoscenza diretta di dati fondamentali della vita di impresa e del soggetto che la dirige, anche sotto il profilo dell’organizzazione del lavoro;
- oppure, in alternativa, risalire ad un soggetto “intermedio” rispetto al reale titolare del dato comunicato, tenuto conto che nella prassi sovente si verifica che siano i professionisti (commercialisti, consulenti contabili, consulenti del lavoro...) a curare, per conto dei loro clienti, le fasi della trasmissione delle comunicazioni aventi ad oggetto la vita dell’attività d’impresa.

Ebbene, anche in tale ultima ipotesi si sarà comunque raggiunto l’obiettivo di acquisire informazioni di interesse investigativo su colui che, nel quotidiano svolgersi della vita di impresa, si incarica di curarne i rapporti e di perseguirne gli interessi, nella delicata fase delle relazioni con i propri professionisti, siano essi commercialisti, consulenti del lavoro o studi di elaborazione dati.

È proprio in tal modo che potrà capitare, di sovente, di verificare che accanto al rappresentante legale dell'attività di impresa (in particolare in quelle esercitate in forma collettiva), ossia il *datore di lavoro formale* – o addirittura a prescindere da esso (soprattutto nelle realtà di impresa individuali) – si muova un soggetto che in forma occulta agisce e decide per l'organizzazione di impresa, che come tale potrà assumere la veste di *datore di lavoro di fatto*.

#### 8.3.4. LE INTERCETTAZIONI TELEFONICHE ED I TABULATI

Prima di concludere, alcune brevi considerazioni su due ulteriori strumenti di ricerca della prova.

La raccolta di elementi di prova indiziariamente rilevanti per la ricostruzione dell'infortunio mortale o lesivo, anche al fine di identificare il garante del rischio lavorativo, soprattutto nelle situazioni più complesse e patologiche che possono nascondere la presenza di *garanti di fatto*, potrebbe in astratto avvenire anche mediante il ricorso a strumenti di ricerca della prova, tradizionalmente impiegati in attività di indagine che nulla hanno a che vedere con la materia della sicurezza del lavoro.

Invero, a parere dello scrivente, soprattutto nei casi patologici di gestione dell'organizzazione del lavoro che finiscono per nascondere un *garante fattuale* dietro allo schema formale legale, il limite della tradizionale investigazione in un settore altamente specializzato come quello della violazione prevenzionistica, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, può essere rappresentato proprio dalla scelta di non ricorrere all'utilizzo di tutti gli strumenti investigativi offerti dalla normativa vigente.

Fra questi non v'è dubbio che la prassi giudiziaria dimostra quanto sia limitato, se non pressoché nullo, il ricorso a strumenti come le intercettazioni telefoniche e l'acquisizione di tabulati telefonici, strumenti che, in realtà, in determinati settori, come quello del luogo di lavoro, possono invece fornire risultati di straordinario interesse investigativo.

Per quanto riguarda le intercettazioni telefoniche è evidente che i limiti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p. risultino sovente insuperabili nelle investigazioni in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro. Oltre, infatti, che per tutte le ipotesi contravvenzionali, il ricorso all'utilizzo di tale strumento sarà precluso anche per i più gravi fatti reato costituiti dagli infortuni sul lavoro e dalle malattie professionali, che solitamente nella prassi giudiziaria danno origine a procedimenti per delitti contro l'incolumità personale o la vita, ma di natura colposa.

Ciò nonostante deve comunque rilevarsi come la più recente esperienza di indagini penali in materia di sicurezza abbia condotto alcuni Uffici del pubblico ministero, seppur con alterne fortune nelle varie fasi processuali, ad ipotizzare anche fattispecie in forma dolosa di delitti di danno o contro la persona, o contro la pubblica incolumità, consumatisi nel contesto del luogo di lavoro. In tale ultimo caso, si pensi al delitto di cui all'art. 437 c.p., in forma aggravata (che si ricorda per la giurisprudenza di legittimità può essere integrato anche nel caso di "singolo infortunio", sia esso con esito mortale che meramente lesivo per il lavoratore subordinato), ricorrono i limiti edittali per fare ricorso anche allo strumento delle intercettazioni telefoniche.

Dunque, se è pur vero che l'ipotesi, anche in termini astratti, appare di limitata portata pratica, certamente non la si può relegare alla natura di mero caso di scuola. In tali casi, il pubblico ministero dovrà ben valutare se non sia indispensabile ricorrere anche all'uso del mezzo intercettivo, nella piena consapevolezza dell'insegnamento che viene dall'analisi delle prassi investigative, secondo cui l'utilità dello strumento delle intercettazioni è solitamente direttamente proporzionale alla naturale estraneità del contesto investigato ad un ambiente per sua natura criminale. Al riguardo non può sottovalutarsi il fatto che poiché in via generale le violazioni in materia di sicurezza sul lavoro, anche laddove gravissime per gli effetti dannosi che possono produrre in danno dell'incolumità individuale e pubblica, maturano solitamente in un contesto peculiare, quale è quello dell'impresa e più in generale del mondo del lavoro, non aduso per sua natura a delinquere, il ricorso in tali specifici ambienti ad uno strumento investigativo penetrante quale quello delle captazioni telefoniche, può risultare decisivo per disvelare elementi indiziari, se non addirittura acquisire prove dirette, da cui evincere elementi essenziali della prova sia in ordine alla ricostruzione della materialità della condotta illecita, che sulla riferibilità soggettiva della responsabilità, conducendo talvolta anche a fornire spunti per l'individuazione di un *garante di fatto*.

Analogamente, sempre ragionando in termini di utilità investigativa, deve sottolinearsi il contributo che potrà venire al pubblico ministero dal ricorso ad un altro strumento investigativo tecnico, qual è l'acquisizione dei tabulati telefonici. Essi innanzitutto possono essere utilizzati come strumento di riscontro dell'attendibilità di possibili testimoni, o in

alternativa, quale elemento di riscontro - o all'opposto di smentita - di circostanze che risultano dalla documentazione acquisita.

Ancora una volta potrebbero emergere elementi utili per identificare il *garante di fatto*, accanto, o in alternativa al garante di diritto. Colui che nel tempo, e prima del verificarsi dell'evento illecito - ad esempio dell'infortunio sul lavoro - ha esercitato in via di fatto l'attività di impresa e di datore di lavoro, o di dirigente o di preposto di fatto, avrà inevitabilmente lasciato tracce indelebili della sua presenza fisica all'interno del contesto lavorativo organizzato, rispetto al quale, invece, almeno formalmente dovrebbe apparire del tutto estraneo. Ciò potrà emergere da una attenta analisi delle celle, che potrebbero consentire di collocarlo costantemente sul luogo di lavoro.

Al contempo, potranno emergere tracce di contatti telefonici sia con soggetti sia intranei al contesto di lavoro, che esterni all'impresa, ma comunque ad essa legati per ragioni connesse alla fase produttiva, o a quella commerciale. Anche in tal modo si potranno acquisire conferme di un coinvolgimento fattuale nella gestione dell'organizzazione del lavoro.

In definitiva, l'acquisizione di tabulati telefonici a carico del soggetto che, anche sulla base di altre fonti di prova quali quelle dichiarative emerga come ipotetico datore di lavoro di fatto, responsabile dell'organizzazione del processo produttivo, potrà risultare decisiva per corroborare definitivamente il dato indiziario, disvelando proprio a carico di tale soggetto una rete di collegamenti, reiterati e stabili nel tempo, non altrimenti giustificabili se non nell'ottica del vero responsabile della gestione del lavoro.

## 9. LO SPAZIO DI CONFIGURABILITÀ PER IL GARANTE DI FATTO A FRONTE DELLE DIVERSE REALTÀ IMPRENDITORIALI E DATORIALI

All'esito del percorso espositivo svolto, da un lato sulla rilevanza dogmatica e pratica del tema dell'individuazione del soggetto responsabile in materia di sicurezza sul lavoro e della configurabilità astratta di un garante del rischio in via *di fatto* e, dall'altro, del metodo investigativo e dei mezzi di ricerca di elementi di prova da cui inferire argomenti per sostenere l'imputazione a carico del *garante di fatto*, pare utile tentare di verificare quale sia lo spazio di configurabilità in concreto di detta situazione soggettiva, in riferimento alla diverse realtà imprenditoriali.

L'esperienza dimostra come diverse possono essere le risposte soprattutto con riferimento alla posizione datoriale, mentre, sostanzialmente comune è la soluzione per l'esercizio fattuale dei poteri che fanno capo al dirigente e al preposto.

Cerchiamo di analizzare la casistica tratta dalla prassi giudiziaria proprio con riferimento alla posizione di garanzia datoriale.

Individuare in concreto il *garante di fatto* datore di lavoro implica come primo passaggio logico quello di definire la condizione *legale* di datore di lavoro. È a tale definizione, infatti, che in forza del disposto di cui all'art. 299 TUSL si dovrà avere riguardo per verificare se sussistano le condizioni per un'imputazione soggettiva anche a soggetto che *in via di fatto* eserciti in poteri del datore di lavoro (“...*le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2... gravano altresì su colui il quale... eserciti in concreto i poteri ...*”).

Ebbene, quanto alla definizione legale di datore di lavoro, secondo una tecnica legislativa ormai consolidata dapprima a livello europeo, e poi recepita anche nel nostro ordinamento – inizialmente con il d.lgs. 626/1994, art. 2 lett. b), ed oggi, dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008 - l'individuazione “datore di lavoro” nel settore privato è colui che risulta “...*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*”.

Il tenore letterale della disposizione consente di svolgere una prima importante considerazione in merito alla figura di “datore di lavoro”, ossia che la definizione in oggetto non ha piena corrispondenza con quella civilistica e giuslavoristica. Come insegna la Corte di Cassazione (cfr. per tutte Cass. pen. Sez. IV, sentenza n. 4981 del 6 febbraio 2004, ud. 5/12/2003) la figura del datore di lavoro, infatti, non si limita a colui che è il titolare del rapporto di lavoro, ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa, o dell'unità produttiva, ed è titolare dei poteri decisionali e di spesa.

In sostanza, la figura di datore di lavoro titolare della posizione di garanzia nella disciplina prevenzionistica non è ancorata soltanto alla titolarità formale del rapporto di lavoro, ma altresì all'effettivo svolgimento dei poteri gestionali<sup>22</sup>.

Ciò detto, proprio la "definizione unica" di datore di lavoro, laddove posta a fronte di realtà produttiva differenziate che vanno dal piccolo imprenditore individuale alla società per azioni di dimensione multinazionale, ha condotto la giurisprudenza a fornire soluzioni non sempre univoche per stabilire, in concreto, chi debba rispondere in qualità di datore di lavoro *in via di diritto* dell'imputazione per reati in materia di sicurezza, siano essi di natura contravvenzionale, o più gravi delitti lesivi dell'incolumità individuale o pubblica.

È proprio in ragione di tale diversità che sembra opportuno svolgere distinte considerazioni in ordine al possibile verificarsi di condizioni concrete per l'esercizio fattuale dei poteri datoriali, con conseguente spazio di configurabilità del *garante di fatto*.

22 Invero, proprio tale formulazione aperta ha posto le premesse per una serie di delicati problemi ermeneutici in ordine all'individuazione del titolare della posizione di garanzia. Si è osservato innanzitutto che, data l'alternatività impiegata nella disposizione definitoria, si potranno avere ai fini prevenzionistici contemporaneamente, ed in un medesimo contesto di lavoro, più figure di datore di lavoro, dato che tale potrà essere qualificato non solo il titolare del rapporto di lavoro con i dipendenti, ma anche colui che, indipendentemente da questo requisito, abbia svolto poteri direttivi all'interno di un'unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale, sempreché gli sia stato conferito un adeguato potere decisionale e di spesa. La soluzione della questione impone preliminarmente di far chiarezza sul significato del dato normativo. In primo luogo, si deve considerare come anche in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, la qualifica datoriale sia desunta, almeno in sede di primo approccio, sulla base del criterio giuridico-formale della titolarità del rapporto di lavoro. In altre parole, un soggetto è definito dalla legge penale datore di lavoro se, ed in quanto, tale veste gli sia riconosciuta dal diritto civile. Ebbene, se tale criterio è di facile impiego allorché l'imprenditore sia una persona fisica, altrettanto non può dirsi in via generale quando il lavoratore subordinato abbia concluso un rapporto di lavoro contrattualizzato con una società o ente collettivo, ossia con un soggetto che per sua natura non sia destinatario della disciplina di responsabilità di natura penale. In questa seconda diffusa ipotesi, il legislatore prevede che la figura del datore di lavoro sia individuata sulla base di un diverso criterio. Allorquando non risulti possibile individuare una persona fisica titolare del rapporto di lavoro, il garante primario della sicurezza sul lavoro sarà individuato nel soggetto investito della responsabilità nell'organizzazione dell'impresa, o di una sua autonoma unità produttiva. È evidente che le due citate figure del "datore di lavoro parte nel rapporto civilistico", e del "datore di lavoro responsabile dell'impresa", si riferiscono a contesti fenomenologici diversi e agevolmente distinguibili; da una parte, si tratterà dell'impresa esercitata in forma individuale, dall'altra, dell'impresa esercitata in forma societaria, o in altra forma comunque "impersonale". Tale precisazione dovrebbe chiarire il possibile equivoco ingenerato apparentemente da una prima lettura dell'art. 2 del T.U. La conseguenza che ne discende è che non sembra ragionevole sostenere che - in forza del predetto dato normativo - possa realizzarsi un fenomeno di duplicazione della figura del datore di lavoro in un medesimo contesto lavorativo. In sostanza, nella prassi processuale la ricerca della figura del datore di lavoro, ossia l'individuazione del titolare della posizione di garanzia, proprio in forza del dettato normativo citato potrà essere condotta secondo il seguente schema: o individuando (generalmente) una persona fisica, titolare del rapporto contrattuale con il prestatore d'opera, come accade nei contesti di lavoro organizzato esercitati in forma di impresa individuale; oppure, ripercorrendo l'organigramma aziendale alla ricerca del soggetto che, in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa, sia titolare della responsabilità dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore ha prestato la sua attività. Ciò è quello che avviene nell'ipotesi di organizzazione imprenditoriale esercitata in forma di impresa collettiva, ed in particolare nelle forme societarie di capitali, in cui viene estremizzata la separazione da un lato, fra la persona fisica responsabile dell'organizzazione del lavoro e, dall'altro, fra l'ente societario destinatario dei rapporti giuridici con l'interno (lavoratori) e con i terzi. In definitiva, la formulazione di datore di lavoro di cui all'art. 2 in termini di "alternatività" starebbe proprio ad indicare come le diverse definizioni della figura del datore di lavoro si escludano tra loro, dovendosi la congiunzione disgiuntiva «o comunque» intendersi nel senso dell'*aut/aut*. Ad una simile interpretazione è stato obiettato che non pare logico individuare la figura del principale garante in materia di prevenzione sulla base di criteri differenti, l'uno formale e l'altro fattuale, in ragione della circostanza, del tutto occasionale, che l'attività d'impresa sia svolta da un individuo o piuttosto da un ente collettivo. I sostenitori di detta critica ritengono, invece, che il titolare del rapporto di lavoro possa essere il legale rappresentante dell'azienda, nei casi in cui non vi sia corrispondenza fra il datore di lavoro in senso penalistico (titolare della posizione di garanzia) e quello civilistico e giuslavoristico (controparte del contratto di lavoro), come avviene nei casi delle imprese esercitate in forma societaria. Invero, fra le opposte interpretazioni accennate sul senso da assegnare alla congiunzione disgiuntiva di cui all'art. 2 del T.U., in ordine alla definizione del datore di lavoro, non sembra sussistere vero contrasto. A ben vedere, infatti, appare sostenibile che l'indicazione legislativa, anche per la seconda ipotesi, non si esaurisca nel mero richiamo allo svolgimento in concreto delle mansioni. L'individuazione del soggetto cui attribuire la qualifica datoriale avviene, infatti, nell'uno come nell'altro caso, sulla base di un criterio formale. Sia che ci si riferisca ad una data posizione contrattuale, ovvero al ruolo ricoperto nell'ambito della gerarchia aziendale, la figura del datore di lavoro è comunque ricostruita in forza di un dato normativo che, nel primo caso è rappresentata dalle disposizioni giuslavoristiche e, nel secondo caso, dalla disciplina interna dell'ente, la quale comunque deve costituire uno sviluppo legittimo dell'autonomia privata riconosciuta dalla legge. In altri termini, nell'ambito di un ente collettivo il datore di lavoro sarà quel soggetto al quale l'ordinamento interno dell'ente attribuisce poteri decisionali e di spesa, tali da consentirgli autonome decisioni sull'impiego dei fattori produttivi. I poteri gestori possono riguardare l'intera impresa o una sua unità produttiva. La norma testualmente prevede che "secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione" il soggetto garante venga individuato al vertice dell'organizzazione stessa, o al vertice di una succursale dotata di "autonomia finanziaria e tecnico-funzionale". Ancora una volta, dunque, occorre guardare alle norme che reggono e regolano la struttura organizzativa dell'ente, per individuare il ruolo aziendale al quale sono conferiti quei poteri il cui scorretto impiego ha determinato in concreto il deficit di sicurezza e protezione dei beni giuridici. Ciò che merita di essere indagato sarà, pertanto, il grado di autonomia organizzativa e decisionale necessario affinché il responsabile dell'unità produttiva possa correttamente essere qualificato *ex lege* come datore di lavoro. Occorre individuare un elemento differenziale che consenta di distinguere l'ipotesi radicale di traslazione della qualifica datoriale, da quella comune della delega di funzioni. Non sarà in sostanza sufficiente che il dirigente responsabile dell'unità produttiva sia provvisto, al pari di qualsiasi altro delegato, di un'autonomia decisionale e di spesa proporzionata all'entità dell'incarico ricevuto. Al contrario, non potrà neppure richiedersi che tale soggetto sia titolare *tout court* di poteri incondizionati ed illimitati, autonomia che non s'è mai vista nella concreta realtà imprenditoriale. Pare potersi sostenere che la soluzione più ragionevole sia quella di richiedere, per l'attribuzione della veste di datore di lavoro, una autonomia relativa, quale è dato ravvisare nelle frequenti situazioni in cui il dirigente di un'unità produttiva abbia un'autonomia finanziaria e tecnica molto larga per l'ordinaria gestione, ma non completa, e sottoposta a limitazioni (o a controlli, autorizzazioni, ratifiche) dei poteri di spesa.

## 9.1. IL GARANTE DI FATTO NELL'IMPRESA INDIVIDUALE

Nonostante nei casi di *impresa esercitata in forma individuale* sia pacifica da sempre la soluzione offerta alla questione dell'individuazione del datore di lavoro, in quanto il datore di lavoro (in senso penalistico) coincide con quello avente rilievo giuslavoristico, è proprio in riferimento a tale forma di impresa che la prassi consente di ipotizzare un *garante (datoriale) di fatto*.

Nell'impresa individuale, infatti, vi è identità soggettiva fra chi esercita il ruolo e l'attività. L'imprenditore è pertanto necessariamente anche il datore di lavoro, il principale debitore di sicurezza in quanto il soggetto che, proprio in ragione della qualifica ricoperta, ha il compito di organizzare il sistema produttivo, essendo chiamato ad assicurare tutela a quei beni che potrebbero essere potenzialmente lesi in conseguenza dello svolgimento del processo produttivo di impresa.

Nell'ambito della prassi giudiziaria, del principio di effettività a fronte di attività di impresa gestite in forma individuale si è invero fatto applicazione a più fini, e comunque sempre con l'obiettivo di porre rimedio a realtà patologiche, contraddistinte da forme diverse di divergenza fra dato formale e fattuale.

In primo luogo, si evidenziano le ipotesi in cui il rapporto di lavoro è stato irregolarmente costituito, ad esempio perché il contratto sia risultato nullo o addirittura inesistente, ovvero quando la nomina del datore di lavoro sia risultata viziata o colpita da decadenza. In tali casi la valorizzazione di elementi fattuali è valsa a ritenere esistente, e come tale fonte di obblighi, il rapporto di lavoro stesso (vedasi ad esempio Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2008, n. 8589 in cui si legge che *"...in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'assenza di indici formali, quali il contratto di assunzione, il versamento dei contributi o la costituzione dei libri paga, non è elemento sufficiente ad escludere l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato e della conseguente attribuzione degli obblighi posti dalla legge a carico del datore di lavoro, potendo il giudice trarre la prova dell'esistenza di tale rapporto anche da elementi ulteriori che ne dimostrino l'instaurazione di fatto"*).

In secondo luogo, ed è questa la casistica più frequente, vi sono le ipotesi nelle quali il datore di lavoro di diritto, ossia quello individuato in base al criterio formale di cui all'articolo 2 lettera b) del TUSL, in realtà non sia minimamente coinvolto nella gestione, rappresentando in sostanza per l'attività una mera "testa di paglia" o "prestanome", a fronte del quale vi è chi, invece, di fatto governa l'impresa, seppur agendo in modo del tutto occulto dal punto di vista formale, risultando del tutto estraneo e clandestinizzato rispetto all'organigramma aziendale o, quantomeno, privo della qualifica datoriale.

Tale situazione può verificarsi spesso realtà imprenditoriali semplici di natura individuale.

Le cause possono essere diverse, e sempre più spesso risultano condizionate dalle peculiarità del territorio, o dalle scelte connesse alla storia e al contesto culturale di riferimento dell'imprenditore.

L'esperienza giudiziaria del circondario di Prato sotto tale profilo appare connotata da un'assoluta peculiarità, come tale meritevole di breve notazione, anche perché foriera di spunti di riflessione in tema di configurabilità del garante (datoriale) di fatto. Il riferimento è ai procedimenti svolti in materia di sicurezza a carico di imprese gestite da cittadini cinesi operanti prevalentemente nel settore tessile, i quali sono soliti utilizzare il modello dell'impresa individuale, procedendo, altrettanto spesso, ad intestare fittiziamente l'attività ad un "prestanome", con l'obiettivo proprio di garantire impunità all'imprenditore occulto, il vero e proprio *datore di lavoro (garante) di fatto*.

In proposito, si evidenzia come l'esempio paradigmatico, certamente il più eclatante, sia stato caratterizzato dal procedimento originato dall'incendio che il 1.12.2013 ha distrutto una ditta individuale denominata Teresa Moda, operante nel settore delle confezioni tessili, provocando la morte di sette operai, cinque dei quali clandestini. Ebbene, tale impresa, all'esito delle indagini svolte, sarebbe risultata essere soltanto l'ultima di quattro ditte individuali succedutesi nell'arco temporale compreso tra il gennaio 2008 e il dicembre 2013, tutte intestate a cittadini cinesi, e operanti presso lo stesso immobile distrutto dal fuoco.

Il procedimento, conclusosi in via definitiva con sentenza della Suprema Corte (Cass. Sez.4, 6.2.2018, n. 12643), e condanna degli imputati ritenuti *garanti di fatto* dell'attività di impresa, ha accertato che tutte e quattro le imprese erano state intestate fittiziamente ad un prestanome, mentre la gestione di fatto era sempre rimasta invariata e riferibile ad un'imprenditrice occulta, unica vera e propria datrice di lavoro di fatto degli operai morti nell'incendio, incaricata della loro assunzione, dell'organizzazione del lavoro, della gestione delle relazioni con i fornitori e con la clientela.

Ebbene, per meglio comprendere il senso della predetta affermazione in ordine alla valenza paradigmatica connessa alla vicenda della Teresa Moda, pare utile richiamare alcuni dati tratti al tempo delle indagini (aggiornati al 25.3.2015), e con specifiche finalità investigative, dagli archivi della di Commercio di Prato.

In particolare rileva sottolineare che a quella data, risalendo indietro nel tempo per 9 anni e 6 mesi, risultavano iscritte 11.235 gestite da cittadini cinesi, di cui ben 10.105 esercitate in forma di ditta individuale. Nello stesso periodo delle 11.235 ditte individuali, soltanto 5.651, ossia poco meno del 50%, risultavano ancora attive dalla loro iscrizione. Delle restanti 5620 ditte cessate, 446 ditte risultavano essere state chiuse in meno di un anno, 1184 in meno di due anni, e 1056 in meno di tre anni.

Tali dati segnalano senza alcun dubbio l'esistenza di un vera e propria tendenza, che ha trovato attuazione anche nella gestione imprenditoriale dell'impresa Teresa Moda, ossia il ricorso da parte degli imprenditori cinesi, pressoché in via esclusiva, alla forma della ditta individuale, utilizzata come schema preferenziale addirittura a prescindere dalla rilevanza economica dell'attività di impresa gestita in concreto, e dalla complessiva organizzazione del lavoro, oltre che del numero dei lavoratori impiegati.

Le ragioni di questa scelta possono essere ipotizzate avendo riguardo da un lato alla semplicità con cui l'impresa può essere costituita e, dall'altro, all'utilità che da essa si può trarre in termini di esonero da qualsiasi forma di responsabilità, laddove tale schema formale sia associato – come anticipato – al ricorso all'intestazione fittizia.

In primo luogo si evidenzia che l'apertura di una ditta individuale avviene con procedura semplificata, prescindendo dal ricorso alla redazione di atti pubblici, e come tale può essere affidata a professionisti privati, quali ad esempio consulenti del lavoro o commercialisti. Analoghe modalità semplificate, limitate di fatto a comunicazioni trasmesse anche solo in forma informatica alla camera di commercio, servono per gestire la successiva vita dell'impresa, fino addirittura a cessare l'attività. In tale contesto il "filtro" del professionista cui si affida il cliente cinese, aspirante imprenditore individuale, diviene di fatto l'unica garanzia di verifica *ab origine* della corrispondenza fra colui che avvia l'impresa, e colui che in realtà la gestirà nel tempo. L'assenza di una corrispondenza fra cliente/imprenditore formale e imprenditore di fatto, diventa poi il "momento prodromico" per la possibile consumazione di una pluralità di illeciti, fra i quali, su tutti, quelli di evasione fiscale e previdenziale.

Da qui, si comprende, l'utilità sopra accennata di ricercare, compulsando gli archivi istituzionali - con i quali solitamente questi professionisti sono soliti interfacciarsi per gestire il mandato di incarico professionale -, informazioni per risalire attraverso di questi al soggetto che, solitamente, si palesa loro per la gestione dell'attività di impresa, e che non sempre coincide con il titolare formale dell'attività.

In secondo luogo, sempre con riferimento al profilo dell'utilità per l'imprenditore occulto di fare ricorso al modello dell'impresa individuale da intestare a prestanome, appare necessario svolgere anche un'ulteriore osservazione. Laddove, infatti, si colleghi la citata semplificazione nella modalità di apertura e gestione contabile delle ditte individuali, al dato obiettivo della rapidissima mortalità delle imprese individuali cinesi, può facilmente comprendersi il motivo per cui, allorché il controllo dell'Agenzia delle Entrate, della Guardia di Finanza, e dell'INPS viene attivato (ossia solitamente almeno dopo due anni dall'avvio dell'attività di impresa), il titolare formale sarà divenuto ormai definitivamente irreperibile, in quanto nel frattempo la ditta risulterà cessata. Al riguardo si evidenzia come a fronte di tempi stimati in circa 51 e 25 mesi per attivare la procedura di riscossione forzata rispettivamente di Agenzia delle Entrate e INPS – e quindi quasi sempre superiori ai due, tre anni di media in cui si registrano la maggior parte delle cessazioni delle attività di impresa -, si comprende come proprio l'elevata "mortalità" delle imprese individuali cinesi non possa essere interpretata come frutto di un caso, o di una crisi diffusa del settore economico o del territorio, bensì il risultato di una scelta mirata, ispirata dal predetto obiettivo di clandestinizzare il reale gestore dell'impresa<sup>23</sup>, nell'ottica di garantirgli totale impunità per i reati, di

---

<sup>23</sup> Di seguito si riporta il dettaglio di una simulazione funzionale a "riscuotere" in via coattiva nei confronti dell'imprenditore individuale inadempiente, il credito fiscale o previdenziale.

varia natura, commessi nell'esercizio dell'attività di impresa. Non solo. La citata tendenza dell'imprenditoria cinese a fare ricorso al "prestanome" è in realtà testimoniata anche dall'analisi dei dati statistici relativi alla trattazione dei procedimenti per reati contravvenzionali iscritti in esito alle verifiche ispettive del Piano straordinario per il "Lavoro sicuro", il protocollo di intervento coordinato cui hanno partecipato le tre procure che hanno competenza sul territorio dell'Area vasta dell'Asl Toscana Centro, ossia Firenze, Prato e Pistoia, oltre alla Procura Generale di Firenze, finalizzato ad attuare una serie costante e diffusa di verifiche di vigilanza, soprattutto nei confronti di imprese accomunate per tipologia di attività svolta, e modulo gestionale, a quella denominata Teresa Moda, distrutta nel citato incendio del 1.12.2013.

In proposito, si segnala che nel primo periodo di attuazione del piano, nel 2014 - dal 1.9.2014 al 31.12.2014 - a fronte delle 276 notizie di reato iscritte aventi ad oggetto indagati datori di lavoro di nazionalità cinese, le verifiche ispettive, sia in sede di sopralluogo, che in fase successiva di ricerche eseguite su delega del pubblico ministero, non hanno permesso il compiuto rintraccio in ben 32 casi, pari al 11,<sup>59</sup>%, del titolare forme dell'attività, imponendo fra l'altro la successiva emissione del decreto di irreperibilità, funzionale alla prosecuzione del procedimento ed all'esercizio dell'azione penale (di un processo poi destinato ad essere sospeso alla luce della disciplina processuale vigente).

SIMULAZIONE ITER AGENZIA delle ENTRATE		DATA	MESI
A1	Comunicazione telematica relativa all'iscrizione della nuova impresa (ComUNICA)	01/01/2016	0
A2	Agenzia delle Entrate (di seguito AE) acquisisce la dichiarazione dei redditi inviata telematicamente dall'intermediario	30/09/2017	21
A3	AE a seguito del riscontro dei versamenti omessi per l'anno 2016 (IVA, IRPEF, IRAP, addizionali Comunale e Regionali) invia, per raccomandata, al titolare dell'impresa l'avviso bonario con l'importo di cui si chiede il pagamento	30/06/2018	30
A4	Dalla data di ricevimento della raccomandata di AE dell'avviso bonario il titolare ha 30 giorni di tempo per effettuare il pagamento integrale della somma richiesta o, in alternativa, per fare istanza di rateizzazione	31/07/2018	31
A5	AE a seguito di verifica del mancato pagamento dell'F24 comunica il "flusso di credito" da incassare ad EQUITALIA	31/12/2018	36
E1	EQUITALIA iscrive a ruolo il credito da incassare ed emette la cartella esattoriale	30/06/2019	42
E2	Dalla data di ricevimento (notifica) della cartella esattoriale il titolare ha 60 giorni di tempo per effettuare il pagamento integrale della somma richiesta o, in alternativa, per fare istanza di rateizzazione	30/08/2019	44
E3	Al riscontro del mancato pagamento della cartella esattoriale e in assenza di contestazioni o richieste di rateizzazione del debito, EQUITALIA si attiva per l'esecuzione MOBILIARE o IMMOBILIARE con iscrizione di IPOTECA su immobili di proprietà del titolare/debitore ad eccezione della prima casa	31/03/2020	51

e da INPS e INAIL:

SIMULAZIONE ITER INPS		DATA	MESI
I1	Comunicazione telematica UNILAV relativa all'iscrizione dell'assunzione di un dipendente	01/01/2016	0
I2	Il datore di lavoro deve pagare i contributi INPS relativi alla busta paga di gennaio	16/02/2016	
I3	INPS acquisisce i dati, trasmessi per via telematica UNIEMENS, relativi alle buste paga del mese di gennaio	29/02/2016	2
I4	INPS controlla i pagamenti dichiarati nella comunicazione UNIEMENS e riscontra il versamento contributivo effettuato tramite F24	31/03/2016	3
I5	Qualora risulta il mancato versamento dei contributi INPS invia, per raccomandata, al titolare dell'impresa l'avviso bonario con l'importo di cui si chiede il pagamento	30/06/2016	6
I6	Dalla data di ricevimento della raccomandata di INPS dell'avviso bonario il titolare ha 30 giorni di tempo per effettuare il pagamento integrale della somma richiesta o, in alternativa, per fare istanza di rateizzazione	31/07/2016	7
I7	INPS a seguito di verifica del mancato pagamento dell'F24 comunica il "flusso di credito" da incassare ad EQUITALIA	31/10/2016	10
E1	EQUITALIA iscrive a ruolo il credito da incassare ed emette la cartella esattoriale	30/04/2016	16
E2	Dalla data di ricevimento (notifica) della cartella esattoriale il titolare ha 60 giorni di tempo per effettuare il pagamento integrale della somma richiesta o, in alternativa, per fare istanza di rateizzazione	30/06/2016	18
E3	Al riscontro del mancato pagamento della cartella esattoriale e in assenza di contestazioni o richieste di rateizzazione del debito, EQUITALIA si attiva per l'esecuzione MOBILIARE o IMMOBILIARE con iscrizione di IPOTECA su immobili di proprietà del titolare/debitore ad eccezione della prima casa	31/01/2017	25



Nell'anno seguente, dal 1.1.2015 al 31.12.2015, a fronte delle 1551 notizie di reato iscritte, sono state emesse deleghe per ricerche e successivi decreti di irreperibilità in 53 casi, pari al 3,42% degli indagati. Nel 2016, a fronte delle 1147 notizie di reato iscritte, sono state emesse deleghe per ricerche e decreti di irreperibilità in 33 casi, pari al 2,88%. Nel 2017, a fronte delle 992 notizie di reato iscritte, sono state emesse deleghe per ricerche e decreti di irreperibilità in 12 casi, pari al 1,20%. Anche tali dati costituiscono un sicuro indice di anomalia, una spia della persistente tendenza degli imprenditori cinesi di tentare il ricorso al modello del "prestanome", tenuto conto proprio che le imprese controllate, tutte gestite in forma di ditta individuale, dovrebbe consentire per loro stessa natura di individuare il titolare dell'attività d'impresa, ossia il datore di lavoro, o in occasione della verifica ispettiva di sicurezza sul luogo di lavoro, o quantomeno in occasione del primo successivo accesso.

Si evidenzia sul punto, che le percentuali sopra citate non debbano trarre in inganno in termini numerici. Essi, infatti, risultano indicativi non tanto del fenomeno del ricorso al prestanome in generale, quanto semmai dei casi di impiego patologico dell'intestazione fittizia, in cui viene addirittura meno la possibilità di dimostrare che di tale intestazione formale sia mai stato consapevole lo stesso prestanome.

Dunque di dati da non sottovalutare, soprattutto perché sembrano testimoniare l'esistenza di un fenomeno persistente nel tempo, nonostante il verificarsi del grave infortunio mortale sul lavoro del 2013, e l'eco mediatico che ne è disceso - anche nello specifico contesto della comunità cinese -, degli esiti processuali, dell'individuazione, l'arresto, e poi la condanna definitiva del *gestore di fatto* dell'attività di impresa intestata a prestanome.

Ebbene, se sul versante economico il rischio ultimo di un simile modo di fare impresa è rappresentato da una diffusa evasione fiscale e contributiva previdenziale da parte degli imprenditori occulti schermati dal prestanome, sul piano della sicurezza sul lavoro altrettanto elevata è la possibilità di non riuscire ad individuare, e quindi sanzionare, il reale gestore dell'organizzazione lavorativa. Ed è proprio al fine di risolvere questo problema che, sullo specifico versante del contrasto alle forme di violazione della normativa prevenzionistica e di sicurezza sul lavoro, può venire in rilievo quale unico ed efficace antidoto quello di riferire soggettivamente la responsabilità penale al *datore di lavoro (garante) di fatto*, secondo lo schema giuridico positizzato dall'art. 299 TUSL.

Tale possibilità astratta, però, in una realtà caratterizzata dalla diffusa presenza del fenomeno della clandestinizzazione dell'imprenditore reale qual è quella del territorio del circondario pratese, finisce per scontrarsi in concreto con l'esigenza di rendere compatibile lo sforzo investigativo con i tempi di accertamento del reato, soprattutto laddove si tratti di reati contravvenzionali per violazioni al TUSL. La conferma di tale difficoltà operativa discende indirettamente proprio dall'esito delle complesse investigazioni svolte sul punto nel procedimento per il rogo del 1.12.2013, nel corso del quale l'individuazione del datore di lavoro di fatto della ditta Teresa Moda è stata possibile soltanto attraverso il ricorso ad un pluralità di strumenti investigativi combinati fra di loro fra cui, da un lato, un ruolo fondamentale è stato svolto dalle attività di intercettazioni telefoniche, autorizzate soltanto in relazione all'astratta configurabilità del grave delitto di omissione dolose aggravate delle cautele antinfortunistiche (art. 437 c.p.) e, dall'altro, attraverso una meticolosa ricostruzione della vita operativa dell'impresa, compiuta partendo dal reperimento della documentazione ancora presente all'interno della sede operativa della ditta, per poi giungere alla ricostruzione della rete dei fornitori, manutentori e clienti, che ha consentito di acquisire le decise informazioni sul gestore effettivo dell'organizzazione imprenditoriale.

## 9.2. IL GARANTE DI FATTO NELLE IMPRESA COLLETTIVE

Più complessa è la risoluzione della questione dell'individuazione del datore di lavoro di diritto nelle *imprese collettive*. In tal caso sono state diverse le soluzioni adottate per individuare, soprattutto nell'ambito di organizzazioni a struttura complessa, la persona fisica alla quale attribuire la qualifica di datore di lavoro.

In passato si sono alternati due orientamenti contrapposti; da una parte, quello che in ossequio ad un'impostazione puramente formalistica ha sostenuto che "...se il datore di lavoro è una persona giuridica, il destinatario delle norme [in materia di prevenzione degli infortuni, N.d.A.] è il legale rappresentante dell'ente imprenditore, quale persona fisica attraverso la quale il soggetto collettivo agisce nel campo delle relazioni intersoggettive" (vedasi Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2005, n. 28358; Cass. pen., sez. III, 23 maggio 2007, n. 24478); dall'altra, un orientamento di natura funzionalistica, secondo il quale, invece, "...l'individuazione dei destinatari degli obblighi [posti dalla normativa antinfortunistica, N.d.A.] deve fondarsi, non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate" (Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2002, Mazzei).

In tal caso, però, corre l'obbligo di sottolineare come le soluzioni adottate dai giudici di merito e di legittimità hanno sensibilmente risentito della diversa caratteristica dei contesti imprenditoriali di volta in volta esaminati, talvolta fra di loro molto diversi, quali possono essere le società di capitali, le società di persone, e le cooperative, o le società di fatto. Per questa ragione pare opportuno procedere ad una trattazione distinta delle categorie di imprese collettive.

### 9.2.1. Le società di capitali

Per quel che concerne le imprese gestite da società di capitali sembra ormai stabile l'orientamento secondo cui *"...per consolidata, e condivisibile, giurisprudenza di questa Corte, nelle imprese gestite da società di capitali, come nel caso di specie (trattandosi di una società per azioni), gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i membri del consiglio di amministrazione"* (Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2010, n. 20052; oppure: *"...gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di Amministrazione"*, in Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988)<sup>24</sup>.

In tal caso, lo spazio per ipotizzare un *garante (datoriale) di fatto* risulta oggettivamente residuale, e comunque di difficile accertamento. Si tratterebbe in sostanza di fornire prova attraverso indici fattuali di natura indiziaria dell'esistenza di un componente del consigliere di amministrazione avente il ruolo di amministratore delegato occulto.

Invero, nella prassi si constata che tanto più l'organizzazione aziendale risulta complessa, tanto più solitamente essa sarà strutturata e caratterizzata da un organigramma connotato da poteri definiti sin nel dettaglio, rispetto ai quali lo spazio per fornire prova in via di fatto, di un esercizio di poteri in capo a soggetti occulti, risulterà particolarmente difficile sul piano probatorio penale.

Viceversa, con riferimento alle società di capitali, il principio di effettività può svolgere un ruolo come criterio interpretativo affrontare un aspetto specifico che ha interessato oltre che la dottrina, anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, proprio in tema di posizione di garanzia dell'amministratore delegato.

Sul punto di evidenza che, secondo un primo – e prevalente - orientamento, si sostiene che l'attribuzione della qualifica di datore di lavoro ad un membro del Consiglio stesso, debba essere interpretata come vera e propria delega di funzioni. In tal senso si richiama Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988 secondo cui: *"...in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, il destinatario dei relativi obblighi, nel caso di società di capitali, è, in via primaria, il consiglio di amministrazione (o l'amministratore unico) per cui, ove siano stati nominati, a norma di statuto,*

<sup>24</sup> In tali contesti societari, ed in particolar modo nelle strutture imprenditoriali più complesse, si può porre il problema della "effettiva delega conferita ad uno o più soggetti" (c.d. amministratori delegati), ed in particolare se tale trasferimento di funzioni possa influire o meno sulla responsabilità penale degli altri componenti il consiglio, privi di delega, ma pur sempre amministratori (tutto ciò soprattutto allorché oggetto di delega sia anche lo svolgimento di mansioni antinfortunistiche). Al riguardo, si richiama nel senso dell'esclusione di efficacia liberatoria per i componenti del consiglio di amministrazione, nel caso di delega in materia di prevenzione e sicurezza all'amministratore delegato, la vicenda del tragico incendio divampato nella camera iperbarica dell'Istituto Ortopedico Galeazzi di Milano, nel quale persero la vita undici persone; in tal caso la Corte di Cassazione osservò che *"...nel caso di una società di capitali originariamente il datore di lavoro [...] va individuato nel consiglio di amministrazione o nell'amministratore unico"*; tuttavia è possibile che *"...con la nomina di uno o più amministratori delegati, si verifichi il trasferimento di funzioni in capo ad essi"* (Cass. pen., sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, Ligresti). Si noti che nel caso di specie il consiglio di amministrazione aveva delegato a due amministratori la gestione della struttura sanitaria. I giudici di legittimità hanno ritenuto che *"ai fini dell'individuazione delle posizioni di garanzia, qualora nell'impresa vi siano più amministratori con diversi poteri, anche di fatto, l'accertamento della qualità di datore di lavoro, agli effetti del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 [oggi il d.lgs. 81/2008, N.d.A.] va effettuato tenendo conto che tale qualità non deve essere intesa in senso esclusivamente civilistico [...] ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa, con la conseguente possibilità della coesistenza, all'interno della medesima impresa, di più figure aventi tutte la qualifica di datore di lavoro"*. Sulla base di questi principi la Corte ha, dunque, annullato la sentenza d'appello in quanto era stata esclusa la responsabilità di uno dei due amministratori che, in concreto, non si era mai occupato della sicurezza all'interno della clinica, e che in conseguenza di questa ripartizione di compiti aveva fatto affidamento sulla corretta esecuzione di quelli inerenti alla sicurezza da parte dell'altro amministratore. In un'altra pronuncia, i giudici di legittimità hanno ritenuto responsabile della morte di dodici lavoratori, addetti a uno stabilimento di produzione di manufatti e deceduti per asbestosi (malattia professionale da esposizione ad amianto), l'amministratore delegato della società proprietaria dello stabilimento, il quale avendo omesso di vigilare sull'andamento generale della gestione di impresa, non ha adempiuto *"alle obbligazioni di garanzia della salute e della integrità dei lavoratori che, secondo legge (a partire dalla norma generale di chiusura di cui all'art. 2087 c.c. e a finire con le altre norme specifiche in materia) gravavano su di lui"* (Cass. pen., sez. IV, 14 maggio 2009, n. 41782, Stringa). Nel caso di specie, la Corte non ha accolto le difese dell'imputato, il quale sosteneva che, al di là della qualifica meramente formale di amministratore delegato della società proprietaria dello stabilimento, non aveva mai fatto parte dello staff dirigenziale dello stabilimento nel quale ebbero a prodursi le malattie essendo invece direttore di altro stabilimento della stessa società. Sulla base della premessa che *"datore di lavoro è chi ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva"* e dunque il soggetto *"cui spetta il controllo su tutta l'organizzazione amministrativa e gestionale dell'ente cui egli è preposto"*, si è ritenuto che *"il direttore di uno stabilimento, specie qualora non abbia preposto alla direzione dei lavori altra persona, ha sempre l'obbligo, quale soggetto apicale dell'unità produttiva [...] nell'ambito delle proprie competenze e attribuzioni, di accertarsi che il lavoro degli operai si svolga in condizioni di sicurezza"*. In quell'occasione la responsabilità è stata, affermata *"sia per il ruolo rivestito dall'imputato, direttore generale e, quindi, organo apicale dell'ente, nonché datore di lavoro ed unico titolare del potere di spesa, sia per l'omesso rilascio di valida delega nelle materie in questione ad altri dirigenti"* (Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2006, n. 20220).

uno o più amministratori delegati, ciò non implica l'automatico esonero dei consiglieri di amministrazione da ogni responsabilità, dovendosi verificare, di volta in volta, quale sia l'ambito della delega e, in particolare, se essa comprenda anche gli atti di straordinaria amministrazione eventualmente necessari per adeguare gli ambienti e le tecniche di lavoro alle prescrizioni di legge, rimanendo, in caso contrario, l'obbligo dell'esecuzione degli atti anzidetti a carico del consiglio di amministrazione e, quindi, per i riflessi penalistici, dei singoli suoi componenti sui quali, inoltre, continua in ogni caso a gravare l'obbligo residuale, non delegabile, di adempiere al dovere di vigilanza e di eventuale intervento sostitutivo quando questo sia richiesto da situazioni che siano o avrebbero dovuto essere conosciute" (nel medesimo senso Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280; Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280).

Appare evidente come tale soluzione potrebbe avere delle conseguenze rilevanti in tema di (ulteriori) deleghe del datore di lavoro, dal momento che l'indicazione dell'amministratore delegato come responsabile della sicurezza potrebbe essere letta non come individuazione del datore di lavoro, per così dire, "originario", ma quale delega di funzioni, con la conseguenza che gli altri membri del Consiglio di amministrazione non sarebbero liberati dagli oneri gravanti sul datore di lavoro non delegabili (valutazione del rischio e vigilanza sul delegato), e l'amministratore delegato potrebbe *sub* delegare i propri compiti, ma il *sub* delegato non potrebbe, a sua volta, avvalersi di altri delegati, dal momento che il nostro ordinamento non consente deleghe di terzo livello <sup>25</sup>.

Una simile prospettiva potrebbe invece mutare laddove l'atto costitutivo, lo statuto o una decisione del Consiglio di amministrazione, contenessero un riferimento esplicito al datore di lavoro in relazione alla tematica della sicurezza ed igiene del lavoro, che con tale atto non verrebbe "nominato" (per evitare che si possa pensare ad una delega di funzioni di primo livello), bensì "individuato", appunto nell'amministratore delegato, sulla base di concreti poteri decisionali e di spesa ad egli riconosciuti all'interno del Consiglio e della struttura societaria. In questo senso, si è sostenuto, il Consiglio di amministrazione più che "delegare" le funzioni di sicurezza, è come se si limitasse a riconoscere attribuzioni e poteri in capo ad un soggetto, appunto l'amministratore delegato che, di conseguenza, verrebbe a coincidere con la definizione di datore di lavoro "originario", secondo quella che è la definizione offerta dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSL (si ribadisce: "...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"). Appaiono intuibili, ai fini dell'imputazione soggettiva della responsabilità per violazioni alla disciplina prevenzionistica, le conseguenze di tale diversa impostazione, in quanto: gli altri membri del Consiglio di amministrazione (Presidente compreso) non potrebbero essere ritenuti gravati dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro, al limite potendo rispondere degli eventi lesivi che siano conseguenza non tanto di disfunzioni occasionali (del rischio lavorativo), ma di difetti strutturali aziendali del processo produttivo, dovuti a scelte aziendali di livello più alto in ordine all'organizzazione delle lavorazioni; l'amministratore potrebbe delegare (delega di primo livello), nel rispetto dei requisiti oggi indicati dalla legge all'art. 16 del Testo Unico; il delegato di primo livello potrà, a sua volta, delegare ad altri soggetti (ad esempio, i responsabili del personale delle 10 nuove direzioni esecutive), specifiche funzioni esecutive (delega di secondo livello).

Ebbene, tale ultima soluzione, per quanto non accolta ancora in giurisprudenza, potrebbe in futuro trovare il sostegno proprio della funzione di criterio interpretativo riconosciuto, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, al principio di effettività. Si evidenzia, infatti, che se il riconoscimento della natura di datore di lavoro originario avviene in capo ad un soggetto che, effettivamente, all'interno della compagine aziendale, assomma su di sé i poteri decisionali e di spesa, la soluzione di individuare nell'amministratore delegato "individuato" responsabile per la sicurezza il vero datore di lavoro, garantirebbe di individuare il *garante del rischio lavorativo* proprio facendo venire a coincidere il soggetto individuato sulla base della definizione formale e della situazione di fatto, in ossequio al principio di effettività, tenuto conto che notoriamente nel funzionamento dell'impresa societaria l'amministratore delegato è "effettivamente" "...l'organo che veramente conta nella società", tanto che, "...al livello della grande impresa, il consiglio di amministrazione passa in secondo piano, sino quasi a riprodurre il rapporto amministratore-assemblea" <sup>26</sup> (in questo senso anche: Cass. pen., 15 aprile 1997, n. 3477; Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2006, n. 21450; Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2008, n. 27433).

<sup>25</sup> Art. 3-bis: "Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate".

<sup>26</sup> In tal senso leggasi COTTINO, Società per azioni, in Noviss. dig. it., XVII, Torino, 1970, 629.

## 9.2.2. Le società di persone e le società cooperative

Con riferimento specifico alle *società di persone* la giurisprudenza prevalente afferma che la qualifica di datore di lavoro debba essere attribuita a tutti i soci della società.

Da ciò ne consegue per tutti i soci l'obbligo di adottare le cautele necessarie a garantire la tutela dei lavoratori e, in caso di violazione delle stesse, l'insorgere della responsabilità penale per l'ipotesi di danno conseguenza del rischio lavorativo mal governato, addirittura nell'ipotesi in cui il soggetto leso sia anche uno dei soci (vedasi sul punto quanto affermato da risalente giurisprudenza di legittimità secondo cui "...qualora il socio di una società di persone subisca lesioni a seguito di un infortunio verificatosi, a seguito della violazione di norme antinfortunistiche, mentre lavorava per conto della società stessa, gli altri soci rispondono per le lesioni da lui patite" (Cass. pen., sez. IV, 5 luglio 1990, Pavan).

A tale regola generale, in talune ipotesi si è ritenuto possibile derogare nei casi di un'espressa delega conferita dai soci a persona dotata di particolare competenza, che potrebbe essere anche uno dei soci (su tutte, Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 32193 del 6 agosto 2009), fermo restando la possibilità di verificare in concreto, nel corso dell'investigazione penale prima, e nel processo poi, la validità di tale delega ad operare l'effetto del trasferimento delle funzioni di garanzia in tema di sicurezza. In sintesi, si afferma che "...in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, [...] incombe su ciascun socio l'obbligo di adottare tutte le misure idonee e necessarie alla tutela dell'integrità fisica dei lavoratori, a condizione che non risulti l'espressa delega a soggetto di particolare competenza nel settore della sicurezza" (Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2009, n. 32193, Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2005, n. 26122, Capone).

*Quid iuris* in dette ipotesi in ordine allo spazio di configurabilità in concreto di un *garante di fatto*?

In via generale si può osservare che la tipologia di imprese gestite mediante tali schemi giuridici, essendo solitamente caratterizzate da strutture organizzative e procedure semplificate – non molto diverse da quelle dell'impresa individuale – possono in astratto prestarsi a rintracciare, in relazione al loro concreto funzionamento, tracce indicative di una gestione di fatto, riferibile a soggetti *anche privi* di investitura formale.

Laddove di ciò sia stato possibile dare prova, secondo la metodologia investigativa e mediante il ricorso ai mezzi di prova in precedenza esaminati, sarà quindi possibile ipotizzare l'esistenza di una figura di socio occulto, che come tale diverrebbe un garante (datoriale) di fatto, cui poter imputare la responsabilità penale per la violazione accertata in materia di sicurezza, al pari dei soci formali.

Ciò, si sottolinea, varrà sia nel caso di assenza di delega valida ed effettiva conferita dai soci formali ad un soggetto terzo, quanto meno per gli obblighi riconducibili ex art. 16 TUSL all'"alta vigilanza", che nel caso in cui – proprio facendo in concreto applicazione dei criteri interpretativi offerti dal principio di effettività – si dimostri in concreto che la delega conferita non sia valida e/o efficace, e come tale idonea a produrre effetti traslativi della responsabilità datoriale su terzi in materia di sicurezza. In tal caso, ovviamente, la responsabilità del socio occulto, garante di fatto, sarebbe piena, e non circoscritto all'esercizio dell'"alta vigilanza".

Entrambi le ipotesi, si rileva, in via conclusiva, pare concretizzarsi un caso di scuola di responsabilità concorrente fra garante di diritto e garante di fatto, concretizzandosi la previsione dell'"altresì" di cui all'art. 299 TUSL, dovendosi pressoché escludere l'ipotesi di un socio di diritto "prestanome", a differenza di quanto invece può accadere nella prassi per l'imprenditore individuale.

Qualche considerazione anche sulle *società cooperative*. Con riferimento ad esse sia dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto se la circostanza che il legale rappresentante sia anche un lavoratore, al pari degli altri soci, possa valere ad escludere la sua responsabilità come titolare della posizione di garanzia.

La risposta fornita dalla prevalente giurisprudenza è nel senso che il datore di lavoro nelle società cooperative debba essere identificato nel legale rappresentante, ossia nel presidente della stessa. È quest'ultimo che assume il ruolo di datore di lavoro, e dunque la posizione di garanzia, in quanto essa gli deriva dalla legge, mentre i restanti soci sono equiparati ai lavoratori subordinati (così, ad esempio, Cass. Sez. IV, sent. 31385 del 6 agosto 2010 e analogamente "...in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 626 del 1994 [oggi art. 2 d.lgs. 81/2008, N.d.A.], i soci delle cooperative sono equiparati ai lavoratori subordinati e la definizione di "datore di lavoro", riferendosi a chi ha la responsabilità della impresa o dell'unità produttiva, comprende il legale rappresentante di un'impresa cooperativa", Cass. pen., sez. IV, 8 giugno 2004, n. 32958, Vinci; la penale responsabilità del presidente e legale rappresentante di una società cooperativa è affermata anche da Cass. pen., sez. IV, 21 dicembre 1995, n. 3483,

Pozzati, e da Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 1986, Dall'Olmo, Trib. Carrara, 22 aprile 2004, Lorieri, e Pret. Brescia, 13 aprile 1983, Bressanelli).

In tema di cooperative pertanto – seppur con la doverosa cautela connessa al rischio di generalizzazione di una realtà economico produttiva che, invero, si caratterizza per particolari differenze connesse alla tipologia e alla dimensione delle varie compagini sociali – per effetto dell'individuazione mono-soggettiva della figura datoriale legale sarà in astratto possibile ipotizzare un garante di fatto, laddove in concreto le indagini forniscano elementi per inferire che un soggetto privo di qualifica eserciti i poteri gestori del presidente della cooperativa medesima.

Non solo. Con riferimento alle realtà cooperative, si evidenzia semmai che la giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso al principio di effettività anche per estendere al socio di fatto non solo la responsabilità datoriale, ma anche il credito di sicurezza tipicamente riconosciuto ai lavoratori dipendenti. Sul punto si richiama il passaggio di una risalente pronuncia secondo cui “...in materia di prevenzione di infortuni sul lavoro, la legislazione individua tra i beneficiari delle norme di tutela, oltre ai lavoratori dipendenti, anche i soci di cooperative di lavoro, sia pure di fatto, talché il socio lavoratore è contemporaneamente soggetto tutelato e destinatario delle norme antinfortunistiche” (Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 1991, Cusimano; nel caso di specie la Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza di condanna del socio sopravvissuto per omicidio colposo del consocio deceduto nel corso di lavori edilizi, per mancata fissazione delle tavole del ponteggio ed assenza del parapetto dell'impalcatura).

### 9.3. IL GARANTE DI FATTO A FRONTE DELLA DELEGA DI FUNZIONI

Prima di concludere l'esposizione della ricerca del *garante di fatto* nella prassi delle indagini in materia di sicurezza, una breve riflessione sul rapporto fra garante di fatto e delega di funzioni.

In via generale si è già detto che la posizione di garanzia derivata, quella discendente dal trasferimento di funzioni operato per delega non preclude l'operatività del principio di effettività, quantomeno come criterio interpretativo di ricerca del reale responsabile della gestione del rischio.

Al contempo è noto come il dibattito tradizionale sul tema della delega di funzioni sia per anni ruotato attorno ad un duplice quesito: 1) quale sia la natura e quali siano gli effetti di tale istituto, ossia in sostanza se e in quale misura il datore di lavoro possa legittimamente ricorrere al trasferimento di funzioni al fine di condizionare lo schema consueto di attribuzione del fatto penalmente rilevante; 2) quali siano i presupposti e i requisiti in presenza dei quali la delega possa essere considerata valida ed efficace, ossia a quali condizioni il delegante possa validamente trasferire al delegato la posizione di garanzia di cui è normativamente investito.

Da sempre l'attenzione della giurisprudenza è stata prevalentemente orientata verso l'elaborazione dei c.d. requisiti di validità, i requisiti cioè che la delega deve avere per incidere sull'attribuzione della responsabilità penale.

Quanto invece alla questione degli *effetti* della delega, si registra un andamento ondivago del pensiero giurisprudenziale, suggestionato sovente dalla peculiarità del caso di specie, che ha finito per affermare soluzioni diametralmente opposte in merito al permanere o meno di una residua responsabilità in capo al delegante. Il T.U. in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro ha innovato il tema della delega di funzioni, prevedendo un'apposita disciplina dell'istituto (cfr. in particolare gli artt. 16 e 17 del T.U.), che ha finito per recepire e normativizzare l'elaborazione giurisprudenziale formatasi nel tempo, peraltro arricchendola di preziose puntualizzazioni.

Ai fini che qui rilevano è necessario quindi verificare come l'art. 16 TUSL abbia inciso in punto di requisiti di validità ed efficacia della delega. La norma fissa i presupposti e i requisiti in presenza dei quali la delega di funzioni può essere considerata valida ed efficace. In estrema sintesi, l'atto di delega per incidere sull'attribuzione delle responsabilità penali deve essere formalizzato per iscritto, recare data certa e, inoltre, deve investire persona tecnicamente capace e dotata dei necessari poteri decisionali e di spesa; infine, la delega deve essere accettata per iscritto dal delegato e deve essere oggetto di adeguata e tempestiva pubblicità.

Appare di intuitiva evidenza che i requisiti indicati dal legislatore non hanno un significato omogeneo. Mentre l'osservanza da parte del datore di lavoro di taluni adempimenti formali è richiesta al fine precipuo di garantire maggior certezza nei rapporti giuridici, le condizioni sostanziali e limiti della delega sono posti a presidio dell'effettività del trasferimento di funzioni.

Ebbene, a fronte di detto sistema risulta evidente che per il caso dell'inosservanza dei requisiti prescritti, proprio muovendo dal combinato disposto degli articoli 16 e 299 del TUSL, emergerà, in primo luogo, che solo una valida delega può avere l'effetto di liberare il datore di lavoro (delegante) dagli obblighi che la legge pone a suo carico e, secondariamente, che i doveri di natura prevenzionistica possono sorgere - senza effetto liberatorio - anche in capo a chi, pur essendo sprovvisto di una valida investitura (*rectius* valida delega), abbia esercitato in via di mero fatto i "poteri giuridici" propri del dirigente o del preposto, ossia proprio i principali delegati in materia di sicurezza sul lavoro.

L'interprete, quindi, sia in fase di indagine che in sede processuale, ancora una volta facendo applicazione del principio di effettività di cui all'art. 299 TUSL come criterio per individuare il *garante effettivo del rischio*, seppur a fronte di una delega di funzioni data nel contesto dell'organizzazione aziendale, non potrà in astratto e aprioristicamente escludere che il garante di fatto sussista anche in presenza di posizione di garanzia derivata.

Anche in tali casi, pertanto, dovrà procedere da un lato, a ricostruire in concreto il funzionamento del processo produttivo, individuando i compiti e i ruoli assegnati ai soggetti in esso coinvolti, acquisendo quegli elementi di fatto essenziali a stabilire se vi sia *effettività* nel trasferimento di poteri e delle conseguenti responsabilità e, dall'altro, sarà comunque chiamato a stabilire se, accanto ad una delega di funzioni "effettiva", residui eventualmente spazio per l'individuazione di una responsabilità di fatto.

## SOMMARIO

1. LA CENTRALITÀ DELLA TEMATICA INVESTIGATIVA E PROCESSUALE DELLE POSIZIONI DI GARANZIA NEL VIGENTE SISTEMA PREVENZIONISTICO .....	1
2. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA PREVENZIONISTICA: DALLA NORMATIVA DI SETTORE ALLA NORMATIVA DI SISTEMA .....	4
3. L'ORGANIZZAZIONE AZIENDALE QUALE FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ IN MATERIA DI SICUREZZA E CRITERIO INTERPRETATIVO NEL PROCEDIMENTO DI INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO RESPONSABILE.....	5
4. LA DEFINITIVA AFFERMAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ DEL COLLEGAMENTO FRA POSIZIONE DI GARANZIA E RISCHIO LAVORATIVO .....	7
5. IL <i>PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ</i> COME CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DI POSIZIONI DI GARANZIA ORIGINARIE .....	10
6. IL GARANTE DI FATTO SI CUMULA O SI SOSTITUISCE AL GARANTE LEGALE ?.....	11
7. L'ART. 299 D.LGS. 81/2008 COME CRITERIO DI VERIFICA DELL'EFFETTIVITÀ DELLE POSIZIONI DI GARANZIA DERIVATE, E LA CONFIGURABILITÀ DI UN GARANTE DI FATTO A FRONTE DI POSIZIONI DI GARANZIA DERIVATE VALIDE ED EFFICACI .....	13
8. LE INDAGINI PENALI <i>ALLA RICERCA DEL GARANTE DI FATTO</i> .....	14
8.1. I SUGGERIMENTI DELLA SUPREMA CORTE ALLA RICERCA DEL GARANTE (ANCHE DI FATTO) DEL RISCHIO LAVORATIVO .....	14
8.2. L'INDIVIDUAZIONE DEL SOGGETTO RESPONSABILE IN GENERALE, E DEL <i>GARANTE DI FATTO</i> IN PARTICOLARE: IL <i>METODO DI INDAGINE</i> .....	16
8.3. I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA.....	18
8.3.1.a. Le fonti dichiarative: le sommarie informazioni acquisite sul luogo di lavoro da <i>soggetti intranei</i> al contesto organizzativo imprenditoriale.....	19
8.3.1.b. Le fonti dichiarative: le sommarie informazioni acquisite da <i>soggetti estranei</i> al contesto organizzativo imprenditoriale.....	21
8.3.2. Le perquisizioni, i sequestri e gli ordini di esibizione .....	22
8.3.3. I documenti organizzativi e le informazioni acquisibili attraverso "archivi" istituzionali .....	24
8.3.4. Le intercettazioni telefoniche ed i tabulati.....	26
9. LO SPAZIO DI CONFIGURABILITÀ PER IL <i>GARANTE DI FATTO</i> A FRONTE DELLE DIVERSE REALTÀ IMPRENDITORIALI E DATORIALI .....	27
9.1. IL GARANTE DI FATTO NELL'IMPRESA INDIVIDUALE .....	29
9.2. IL GARANTE DI FATTO NELLE IMPRESA COLLETTIVE .....	32
9.3. IL GARANTE DI FATTO A FRONTE DELLA DELEGA DI FUNZIONI .....	36