

CONFRONTO DI IDEE

SALVATORE DOVERE

L'organizzazione dell'impresa a confronto con il diritto penale della sicurezza sul lavoro

La dinamicità del mondo dell'impresa è di solito assecondata dal diritto civile, che lascia ampi spazi alle opzioni organizzative emergenti dalla realtà effettuale, riconoscendole e mettendole in relazione con i vari interessi correlati. Il diritto penale, ed in particolare quello vivente, è strutturalmente 'costrittivo'; tende a rimodulare i fenomeni sociali se ciò è funzionale alle istanze di tutela dei beni giuridici avvertite come ineludibili. Il diritto penale della sicurezza del lavoro è a tal riguardo paradigmatico. L'Autore propone due temi, a loro modo esemplari della difficile 'comunicazione' tra impresa e tutela penale: la posizione dei consiglieri di amministrazione privi di delega e quella dell'amministratore di diritto di una società capogruppo rispetto ad eventi colposi verificatisi nell'esercizio delle attività delle controllate.

The organization of the enterprise in comparison with the penal law of safety occupational safety and health

The dynamism of the business world is usually supported by civil law, which leaves ample spaces for organizational options emerging from actual reality, recognizing them, and relating them to the various correlated interests. Criminal law, and in particular the living law, is structurally 'constrictive'; it tends to remodulate social phenomena if it is functional to the protection of legal assets perceived as unavoidable. In this regard, the criminal law of occupational safety is paradigmatic. The Author proposes two themes, in their own way exemplary of the difficult 'communication' between business and criminal protection: the role of directors without proxy and the position of the director by right of a parent company regarding culpable events that occurred in the activities of the subsidiaries.

SOMMARIO: 1. Impresa e diritto penale: complessità e semplificazione. - 2. Il difficile inquadramento della delega di gestione ex art. 2381 c.c. nella giurisprudenza prevenzionistica. - 3. Il gruppo di imprese e un nuovo attore 'colposo'. - 4. Conclusioni.

1. *Impresa e diritto penale: complessità e semplificazione.* Il primate protagonista di questi tempi dominati dall'incertezza individuale e collettiva, fatica a riconoscersi nell'*homo economicus* descritto dalla teoria della scelta razionale: un soggetto che decide cosa fare sulla base di un calcolo costi-benefici che tiene conto sia degli scopi che dei mezzi a disposizione per raggiungerli. Non gli sfugge che la teoria indica come dovrebbe essere il comportamento umano per essere razionale, non come l'uomo in carne ed ossa ragiona e decide in concreto.

Non diversamente, sembra piuttosto appannato il mito che propone l'ente collettivo come soggetto guidato nelle proprie decisioni da una razionalità di

scopo. Se è vero che «il sistema-azienda, quale sistema di forze economiche, è finalizzato allo svolgimento di un processo continuo di produzione-scambio-consumo che presuppone una condotta pianificata, data la natura previsiva delle operazioni che lo compongono, esposta al rischio delle oscillazioni da parte delle sue variabili interne ed esterne»¹, è parimenti vero che si è ormai consapevoli che anche sul sistema aziendale incombe «il caso come componente indeterminata o indeterminabile nella rappresentazione dei fenomeni, con i suoi possibili effetti, sia positivi sia negativi, sull'equilibrio aziendale»².

Inoltre, a quanti parlano di scopi propri dell'ente collettivo, altri replicano che l'organizzazione è fatta in primo luogo di individui, animati da fini diversi, come si è scritto gravati essi stessi da una complicata relazione con la razionalità di scopo. Ciò permette di sostenere icasticamente che «le organizzazioni non hanno fini»³. Certo è appare difficile farsi guidare da una logica meccanicistica. Nelle organizzazioni, «qualsiasi processo decisionale può essere frutto di coordinamento intenzionale dei soggetti coalizzati per perseguire un fine comune, ma può anche essere determinato da situazioni del tutto casuali ed infine il processo decisionale può persino dare esiti contraddittori, quando vi è un contrasto che pregiudica la possibilità di operare scelte condivise»⁴. Se a tanto si aggiunge che nelle organizzazioni complesse il potere decisionale è di solito allocato in più luoghi, suddiviso, persino sganciato da ruoli formali, è palese che individuare chi abbia deciso per l'ente può essere impegno di notevole difficoltà.

Tutto ciò poco si accorda con le esigenze del diritto penale. Il quale è dominato dal problema imputativo e non può sostenere una complessità eccedente le potenzialità di accertamento offerte dal processo. Il segmento imputativo mag-

¹ PAOLONE-IPPOLITO-MARCELLO-SORRENTINO, *La "casualità" nell'economia delle aziende e la funzione mediatrice della intelligenza emotiva*, in *Riv. it. di rag. e di econ. aziend.*, 2021, 316, che citano SUPERTI FURGA, *Osservazioni sulla logica operativa dei sistemi aziendali integrati*, Milano, 1971 e GARZELLA, *Governo delle sinergie e creazione di valore nella gestione strategica dell'azienda*, Torino, 2019.

² PAOLONE-IPPOLITO-MARCELLO-SORRENTINO, *ibid.*, 315.

³ FERRANTE-ZAN, *Il fenomeno organizzativo*, Roma, 1994, 23.

⁴ TORRE, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enc. dir., I tematici, Reato colposo*, a cura di Donini, Milano, 2021 899.

giormente esposto alla semplificazione elusiva della complessità è probabilmente quello causale. Ma non privo di insidie è anche quello che concerne l'individuazione del soggetto responsabile.

Nella prospettiva del processo penale la decisione *deve* avere autori identificabili sicché, quando i processi decisionali non seguono i percorsi lineari della struttura piramidale, diviene elevato il rischio di una semplificazione giudiziaria dei modelli organizzativi. Secondo un diffuso rilievo critico della dottrina, spinta dalla necessità di allocare la responsabilità, la giurisprudenza tende a *stressare* anche le categorie sostanzialistiche, reinterpretrate e dilatate allo scopo. La casistica giudiziaria nel settore della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro mostra con chiarezza come troppo spesso dinamiche economiche e logiche penalistiche intreccino una problematica relazione. Da un lato, vi è la plasticità di modelli organizzativi e comportamentali che germinano dai rapporti di forza, dalle esigenze imposte dal mercato; dall'altro, la parimenti necessaria rigidità delle strutture penalistiche, marcate dall'esigenza di determinatezza. Sembra ovvio che il diritto penale debba avere l'ultima parola; e ci pare bella ed appropriata la metafora dell'impianto frenante proposta da Fausto Giunta⁵. Ma è anche indubbio che la stessa effettività del diritto penale (ed il rispetto dei principi costituzionali che lo dominano) è fortemente in pericolo se esso travalica il limite del governo delle «tendenze degenerative della nostra vita di relazione»⁶.

Paradigmatica è la posizione assunta dalla giurisprudenza più risalente, incline a negare un più ampio riconoscimento della delega di funzioni in campo prevenzionistico, per ragioni politico criminali che emergono con sufficiente evidenza dalla limitazione della rilevanza penalistica dell'istituto alle imprese di grandi dimensioni⁷. In realtà, come dimostra l'evoluzione della originaria posi-

⁵ GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, 183, il quale paragona «il sistema complessivo delle *giustizie* a un veicolo nel quale il diritto pubblico costituisce il telaio, da cui dipendono l'assetto e la tenuta di strada, il diritto civile il motore, che simboleggia il dinamismo sociale, e il diritto penale l'impianto frenante».

⁶ GIUNTA, *ibid.*

⁷ Tra le tante, Cass., Sez. III, 28 gennaio 1981, n. 502, Rv. 147423: «Il datore di lavoro può essere esonerato da responsabilità in merito alla osservanza delle norme antinfortunistiche solo quando sia provato

zione giurisprudenziale e, infine, il testo dell'art. 16 d.lgs. n. 81/2008, la divisione del lavoro può essere necessità anche nelle imprese di piccole o medie dimensioni.

Proverò a dare conto della problematicità del rapporto tra diritto penale della sicurezza del lavoro e impresa una rapida ricognizione di due temi. Un primo è quello della attribuzione della qualifica datoriale ai consiglieri di amministrazione privi di delega. Il secondo è quello della responsabilità colposa dell'amministratore di diritto di una società capogruppo.

2. Il difficile inquadramento della delega di gestione ex art. 2381 c.c. nella giurisprudenza prevenzionistica. Una delle questioni tradizionalmente 'difficili' del diritto penale che si occupa dei reati connessi alla sicurezza sul lavoro è quello della individuazione del datore di lavoro. A tale figura si riferiscono le principali prescrizioni cautelari, la cui violazione non solo può dar luogo ad un reato contravvenzionale ma va anche a costituire il nucleo di delitti, di mera condotta o di evento (tipicamente, omicidio e lesioni colpose). Nelle imprese individuali e nelle società unipersonali che non ricorrono a soggetti estranei alla base sociale per l'esercizio dei poteri di amministrazione la 'ricerca' del datore di lavoro è sufficientemente agevole, stante la unicità del centro di imputazione dei poteri decisionali.

Per contro, quanto più è complessa l'organizzazione dell'impresa, tanto più esigenze di efficienza di gestione richiedono la valorizzazione della specializzazione delle competenze e l'ottimizzazione delle risorse. Anche la composizione della base sociale dell'impresa può chiedere di specchiarsi negli organi di gestione⁸. Può quindi accadere - e l'esemplificazione non è esaustiva - che il potere di rappresentanza legale dell'ente venga attribuito ad uno solo dei consiglieri di amministrazione; che l'amministrazione della società venga affidata all'intero collegio; può aversi il rilascio di deleghe ad uno o più consiglieri;

rigorosamente che, in una impresa di grandi dimensioni, abbia delegato ad altra persona tecnicamente qualificata l'incarico di seguire lo svolgimento del lavoro riservando per se solo funzioni amministrative e non risulti che sia a conoscenza di eventuali inadempienze della persona da lui delegata...».

⁸ *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Delle società dell'azienda della concorrenza*, artt. 2379-2451, a cura di Santosuosso, Torino, 2015, 99.

all'interno del consiglio di amministrazione può essere nominato un consiglio esecutivo.

Con ciò si profila un assetto che necessita di essere 'reinterpretato' alla luce dei concetti del diritto penale prevenzionistico perché questo non mutua il lessico civilistico e pone sue proprie definizioni.

Con riguardo alla posizione datoriale, occorre guardare all'art. 2 lett. b) del d. lgs. n. 81/08, che definisce datore di lavoro il titolare del rapporto di lavoro 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. La disposizione apre la via ad alcuni dubbi⁹. In questa sede interessa porre a fuoco quello che si propone in caso di rilascio della delega prevista dall'art. 2381 c.c.; alla quale alluderemo d'ora innanzi con l'espressione 'delega gestoria'.

Nell'individuazione del datore di lavoro a fini prevenzionistici la giurisprudenza è unanime nel ritenere che in assenza di deleghe gestorie tutti i consiglieri di amministrazione assumono tale *status*¹⁰. Appare una ricostruzione coerente con il concreto assetto dei poteri, che non vengono ripartiti ma restano per intero in capo a ciascun consigliere. Il quale, quindi, ha quella pienezza di poteri che fonda la posizione datoriale¹¹.

⁹ Tra gli altri, quello sul carattere congiuntivo o alternativo della datorialità formale rispetto a quella effettuale. Detto altrimenti, cosa accade quando il titolare del rapporto di lavoro è soggetto diverso da quello che esercita i poteri decisionali e di spesa? Coesistono più datori o è tale soltanto il secondo? Ad avviso di TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in CASTRONUOVO-CURI-TORDINI CAGLI-TORRE-VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2016, 70, «accanto al datore di lavoro inteso in senso civilistico, quale titolare del rapporto di lavoro è possibile vi siano coloro che hanno responsabilità dell'impresa o di una unità produttiva ...». Per contro STOLFA, *Articolo 2*, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, a cura di Zoppoli-Pascucci-Natullo, Milano, 2010, 64, sostiene che «L'individuazione del datore di lavoro ai fini della sicurezza va quindi effettuata non tanto sulla scorta delle formalità giuslavoristiche il soggetto che ha stipulato il contratto di lavoro con il prestatore tutelato) bensì sulla base di un'analisi della concreta organizzazione aziendale data ...».

¹⁰ Per tutte, Cass., Sez. IV del 20 febbraio 2017, n. 8118, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 1-2, 295.

¹¹ Non approfondiremo, perché periferiche rispetto al tema di interesse, le questioni connesse alla responsabilità individuale per le deliberazioni collegiali e alla eventuale articolazione dei compiti tra i consiglieri. Sull'argomento, CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, Torino, 2021.

Più problematica, sotto il profilo in esame, è l'ipotesi in cui alcuni vengano investiti di poteri spettanti al consiglio di amministrazione mediante delega gestoria. Qui la dimensione penalistica rischia di entrare in conflitto con quella civilistica.

Come è noto, la delega gestoria, autorizzata dai soci o prevista dallo statuto, è rilasciata in favore di uno o più dei componenti del C.d.a. o ad un comitato esecutivo. Essa deve avere contenuto determinato e prevedere i limiti e le modalità di esercizio.

Gli organi delegati devono curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. Ciascun consigliere può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Il C.d.a. può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega; sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. La disciplina codicistica prevede l'indelegabilità di talune attribuzioni; si tratta della delibera inerente all'emissione di obbligazioni convertibili, della redazione del bilancio di esercizio, delle delibere inerenti agli aumenti di capitale, delle delibere di riduzione del capitale in ipotesi di grave sofferenza, della redazione di progetti di scissione e fusione in cui vengono in rilievo attribuzioni di tipo organizzativo.

L'attuale assetto è esito del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, con il quale si è, tra l'altro, provveduto a disciplinare la distribuzione dei compiti gravanti sui delegati e sui deleganti con l'obiettivo di rendere meno gravosa la posizione di questi ultimi¹².

¹² *Commentario del codice civile*, cit., 101.

In ambiti diversi dal settore prevenzionistico, nei quali non assume rilievo rintracciare il ruolo datoriale, la giurisprudenza penale rileva come la riforma del 2003 abbia alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, i quali sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. La riforma ha rimosso il generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione (già contemplato dall'art. 2392 c.c., comma 2) e lo ha sostituito con l'onere di agire informato, dedotto dal dovere di assumere informazioni sancito dall'ultimo comma dell'art. 2381 cod. civ. e dal potere di richiedere ulteriori informazioni. Se ne fa discendere che i consiglieri non delegati non rispondono per atti che conseguono ai poteri delegati. Per contro, se non sono rilasciate deleghe, per gli illeciti deliberati dal consiglio, anche se in fatto non decisi o compiuti da tutti i suoi componenti, si ritiene che tutti i componenti del consiglio di amministrazione rispondano, salvo che abbiano esternato e fatto annotare l'opinione in contrasto (art. 2392, comma 3 c.c.) e siano immuni da colpa¹³. Per ciò che concerne la natura della responsabilità dei consiglieri privi di delega, si ritiene ipotizzabile il concorso nel reato commesso dall'amministratore delegato, per omesso impedimento dell'evento, per la cui configurabilità è necessario che emerga la prova, da un lato, dell'effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la società o, quanto meno, di "segnali di allarme" inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio - secondo i criteri propri del dolo eventuale - del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro, della volontà - nella forma del dolo indiretto - di non attivarsi per scongiurare detto evento¹⁴.

Senonché, nel settore prevenzionistico occorre fare i conti con la previsione specifica del citato art. 2 lett. b) e con quanto dispone l'art. 299 d.lgs. n. 81/2008¹⁵. In ragione di tali disposizioni non hanno rilievo le qualifiche formali

¹³ Così, in materia di reati tributari, Cass., Sez. III, 28 marzo 2022, n. 11087.

¹⁴ Sez. V, 13 settembre 2021, n. 33856, espressione di un consolidato orientamento.

¹⁵ Il quale recita che «Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti».

ma l'effettivo esercizio dei poteri decisionali e di spesa. Il cambio di prospettiva ingenera, a tutt'oggi, notevoli incertezze¹⁶.

Un primo orientamento, che invero appare oggi in via di superamento, ritiene che la qualifica datoriale segua il ruolo formalmente assunto di legale rappresentante della società¹⁷ (presidente del consiglio di amministrazione o amministratore delegato con poteri rappresentativi), per quanto esso sia rimasto privo di poteri operativi. Sicché, con indubbia coerenza, si ritiene che l'amministratore delegato possa conferire deleghe di funzioni (*ex art. 16 d.lgs. n. 81/2008*) solo se anche rappresentante legale della società. Come a dire che egli non è datore di lavoro se non ha poteri di rappresentanza.

Un diverso indirizzo, che si è andato di recente irrobustendo anche per l'avallo delle Sezioni unite¹⁸, adotta un criterio sostanzialistico e considera titolare della qualifica datoriale colui che è concretamente preposto alla direzione dell'impresa (o ad uno specifico settore di essa). Il che conduce a individuare il datore di lavoro, a seconda dei casi, in tutti i consiglieri di amministrazione¹⁹, nell'amministratore unico, o nell'amministratore delegato, dando rilievo anche penalistico alla organizzazione mediante ripartizione dei poteri²⁰.

Lo schema, se si vuole lineare, si opacizza quando si passa a considerare la posizione dei consiglieri senza delega. Risultando datori di lavoro a titolo originario i soggetti ai quali è stata rilasciata la delega di cui all'art. 2381 c.c., i consiglieri non delegati dovrebbero restare privi della datorialità. Tenuto conto di quanto è previsto dagli artt. 2381, co. 3 e 2392, co. 2 c.c. e dall'art. 40 cpv. c.p.,

¹⁶ Come rileva PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa*, Napoli, 2011, 255, i criteri civilistici di cui agli artt. 2381 e 2392, co. 2 c.c. non possono essere sovrapposti a quelli che presiedono all'imputazione della responsabilità penale per infortuni sul lavoro «neppure in base ad un asserito principio di 'integrale valutazione giuridica del fatto'».

¹⁷ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2012, n. 43814.

¹⁸ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938.

¹⁹ Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2014, n. 4968, Vascellari, Rv. 258617.

²⁰ Cass., Sez. IV, 25 marzo 2010, n. 11582 distingue l'ipotesi di ripartizione di funzioni all'interno degli organi di gestione delle organizzazioni collettive da quella della delega di funzioni, osservando che nel primo caso si determina una assunzione di funzioni "a titolo originario" «in base alle esigenze di divisione del lavoro».

essi dovrebbero poter essere chiamati a rispondere solo per l'omesso impedimento del reato *altruus*²¹. Ed invece, non mancano decisioni nelle quali la responsabilità dei consiglieri non delegati viene sì ancorata a persistenti doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega; ma tali doveri non vengono desunti dalle previsioni civilistiche e raccordati all'art. 40 cpv. c.p. Piuttosto, si riconnettono ad una posizione datoriale che si fa derivare dalla veste di consiglieri di amministrazione; in tal modo la delega gestoria risulta configurata come fonte di una modificazione dell'obbligazione datoriale facente capo a quest'ultimi. Infatti, si scrive che «nel caso di imprese gestite da società di capitali, gli obblighi concernenti l'igiene e la sicurezza del lavoro gravano su tutti i componenti del Consiglio di amministrazione. ... la delega di gestione, in proposito conferita ad uno o più amministratori, se specifica e comprensiva di poteri di deliberazione e spesa, può solo ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del Consiglio, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento, soprattutto nel caso di mancato esercizio della delega»²².

In definitiva, è proprio qui il *punctum dolens*: gli effetti che devono essere riconosciuti alla delega gestoria.

Secondo la dottrina civilistica, con la delega il consiglio di amministrazione affida l'esercizio di determinate competenze ad uno o più dei propri componenti. Dal punto di vista penalistico appare rilevante che con la delega si determini solo l'affidamento dell'*esercizio* di un potere che resta in capo a tutto il consiglio o piuttosto la concentrazione sul delegato dei poteri altrimenti spettanti a tutti i consiglieri di amministrazione. Taluno assegna decisivo rilievo,

²¹ Prospettiva che apre la strada ad una serie di interrogativi, relativi alla identificabilità di poteri impeditivi in capo a chi risulta titolare di poteri di sollecitazione, di richiesta, di segnalazione. Sul tema, ampiamente dibattuto, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; FIORELLA, *Le strutture del diritto penale: questioni fondamentali di parte generale*, 2018, 240 ss.

²² Cass., Sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 6280, Rv. 238958, che ripropone la tesi di Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2003, n. 988, in *Foro it.*, 2003, 324 ss.

sotto tale profilo, alla previsione dell'art. 2381, co. 3 c.c., per la quale il consiglio «può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé le operazioni rientranti nella delega». Sulla base di tale disposizione la dottrina civilistica non dubita che «la delega non ha carattere abdicativo»²³ e «che il consiglio possa anche sostituirsi ai delegati nel compimento di atti rientranti nelle materie oggetto di delega»²⁴.

Se si ritiene fondato un simile insegnamento, appare difficile convenire con chi ritiene che con la delega si verifica una dismissione di poteri decisionali e di spesa, sì da escludere per i consiglieri non delegati la qualifica datoriale. Pare condivisibile, invece, la tesi, formulata proprio a riguardo dei riflessi prevenzionistici della delega gestoria, per cui «l'attribuzione di deleghe, anche di notevole ampiezza, non è mai idonea ad allocare sui singoli in via esclusiva e definitiva un potere invero collegiale ...». Insomma, la delega gestoria importa «il trasferimento non già del potere gestorio *tout court*, ma del suo esercizio in capo all'amministratore delegato o a un comitato esecutivo»²⁵. Vero ciò, dovrebbe parlarsi del consigliere delegato come di un *organo* del Collegio, i cui membri restano titolari dei poteri decisionali e di spesa. Sicché, anche in presenza di delega, tutti i componenti del consiglio di amministrazione sono datori di lavoro²⁶.

Se una simile conclusione ha dalla sua la maggior rispondenza al dettato normativo, è però evidente che in tal modo si priva l'organizzazione della possibilità di adottare soluzioni maggiormente in grado di assicurare il corretto adempimento (anche) degli obblighi prevenzionistici. Un effetto persino paradossale, se si pone mente al fatto che la disciplina prevenzionistica ha ormai pienamente legittimato il diverso istituto della delega di funzioni, riconoscendone

²³ *Commentario al codice civile*, cit., 106.

²⁴ *Commentario al codice civile*, cit., 107.

²⁵ *Lavoro e diritto penale*, a cura di De Marzo-Merlo, Milano, 2021, 107.

²⁶ È la conclusione cui perviene anche LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza del lavoro*, Milano, 2015, 39, che attribuisce alla delega gestoria la funzione di concentrare le funzioni del datore di lavoro «in capo a chi condivide la stessa qualifica datoriale e, per ciò solo, detenga lo stesso potere e risponda al medesimo titolo» (38). Di contrario avviso SOPRANI, *Datore di lavoro prevenzionistico: Cassazione inadeguata*, in *ISL*, 2011, 65 ss.

l'attitudine ad essere utile strumento per il conseguimento di più elevati livelli di sicurezza del lavoro.

La recente apertura fatta dalla giurisprudenza ad un'interpretazione non formalistica va senz'altro accolta con favore; ma va anche analizzato con attenzione il punto di ricaduta. L'indirizzo ha preso corpo già con una decisione divenuta celeberrima per i principi dettati in tema di prova esperta²⁷ e si è irrobustito grazie all'autorevole avallo offerto dalle Sezioni Unite. Ad avviso del S.C., «nell'ambito di organizzazioni complesse, d'impronta societaria, la veste datoriale non può essere attribuita solo sulla base di un criterio formale, magari indiscriminatamente estensivo, ma richiede di considerare l'organizzazione dell'istituzione, l'individuazione delle figure che gestiscono i poteri che danno corpo a tale figura»²⁸. Tuttavia, sinora il criterio sostanzialistico è stato utilizzato essenzialmente per escludere la responsabilità di coloro che, pur titolari del ruolo, non erano stati effettivamente dotati dei relativi poteri. Emblematico, al proposito, il caso dei componenti del Comitato esecutivo di una società di capitali, per i quali la responsabilità è stata esclusa in ragione del fatto che «la delega eventuale di attribuzione di funzioni al comitato esecutivo ("potranno essere attribuite funzioni...") non si è mai concretizzata». Peraltro, l'indagine dei giudici si è estesa alla verifica di una eventuale ingerenza dei membri del Comitato esecutivo nelle scelte decisionali e nell'ambito operativo; e solo perché anch'essa è stata esclusa è stato confermato il giudizio assolutorio²⁹.

Merita attenzione il fatto che la sentenza dei giudici di legittimità opera una specificazione (ingerenza nei poteri relativi alle condizioni di igiene e sicurezza del lavoro) che rimanda al nucleo della questione, ovvero cosa debba intendersi

²⁷ Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, 1713.

²⁸ Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

²⁹ Cass., Sez. IV, 7 dicembre 2017, n. 55005, Rv. 271719. Nel caso venuto all'attenzione delle Sezioni unite la formulazione del principio si è accompagnata alla conferma della condanna pronunciata nei confronti dei componenti del board, superando la ripartizione di compiti tra gli stessi per la comune partecipazione ai processi decisionali dell'impresa. Anche l'esame della sentenza Cozzini verteva sulla responsabilità dei componenti il C.d.a., posta in dubbio dall'asserita limitazione dei poteri alle scelte strategiche e politiche, essendo stata rilasciata di fatto ampia delega operativa al direttore dello stabilimento. Nell'occasione il S.C. ha confermato il giudizio di responsabilità dei consiglieri di amministrazione ritenendo motivato congruamente l'accertamento dell'esercizio di poteri ben più ampi di quelli rappresentati dalle difese.

per “poteri decisionali e di spesa” nella prospettiva prevenzionistica. L’interrogativo è se nelle organizzazioni complesse il datore di lavoro, ai fini dell’applicazione della disciplina prevenzionistica, sia il soggetto titolare di poteri decisionali e di spesa che travalicano lo specifico settore della sicurezza del lavoro – e quindi un soggetto che può intervenire su ogni aspetto dell’organizzazione – o se vengono in rilievo soltanto i poteri che attengono allo specifico settore. Dubbio che non sembra possibile sciogliere prima di aver accertato se nel novero dei poteri decisionali si pongono anche i poteri di controllo³⁰.

Senza questi preliminari chiarimenti sembra difficile che la giurisprudenza in materia prevenzionistica possa essere davvero in grado di decodificare correttamente le reali dinamiche interne ai vertici delle organizzazioni complesse.

3. *Il gruppo di imprese e un nuovo attore ‘colposo’*. La tematica della datorialità in presenza di delega gestoria può, a buon diritto, definirsi classica. Decisamente nuova, invece, almeno nel panorama giurisprudenziale, è la riflessione che ha ad oggetto la configurabilità di una responsabilità colposa dell’amministratore di diritto della società capogruppo per eventi riconducibili (anche) alle attività della società controllate.

La disciplina civilistica del gruppo di impresa ha preso vita sotto la spinta di una premessa ritenuta insuperabile, ovvero l’autonomia patrimoniale delle singole società, e la forza dei fatti, ovvero l’instaurazione di relazioni significative, anche per i riflessi patrimoniali, tra esse. Sino all’intervento spiegato con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, il fenomeno del gruppo di imprese ha

³⁰ Sembra propendere per l’affermativa Sez. 4, 31 gennaio 2014, n. 4968, Rv. 258617, secondo la quale il legale rappresentante di una società, pur in presenza di una delega in materia di prevenzione sugli infortuni e sull’igiene del lavoro conferita ad altro componente del consiglio di amministrazione, risponde delle lesioni occorse al lavoratore in quanto dipese dalla violazione delle disposizioni antinfortunistiche afferenti un aspetto strutturale e permanente del processo produttivo, mai sottoposto ad adeguata considerazione e neanche considerato nel documento di valutazione dei rischi. Il principio espresso è che «In tema di individuazione delle responsabilità penali all’interno delle strutture complesse, la delega di funzioni [sic] esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti solo se tali eventi siano il frutto di occasionali disfunzioni mentre, nel caso in cui siano determinati da difetti strutturali aziendali ovvero del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali».

Per una riflessione sul tema alla luce del d.lgs. 12.1.2019 n. 14 (Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza), BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, in www.la legislazione penale.eu, 11 maggio 2020, in specie 13 ss.

ricevuto riconoscimento solo in materie e in ipotesi espressamente disciplinate (si veda l'art. 2359 c.c.); ed anche la giurisprudenza ha adottato una visione 'frammentaria', nell'approccio ai problemi proposti al diritto comune dall'aggregazione tra imprese³¹. A non essere riconosciuta era l'esistenza di un interesse di gruppo, prevalente rispetto agli interessi delle singole società; anzi, veniva rimarcata la possibilità che tra le società facenti parte dello stesso raggruppamento nascessero conflitti d'interesse, non azzerabili in forza di un qualche interesse della capogruppo, e l'impossibilità di valutare la responsabilità degli amministratori delle società del gruppo alla luce dell'eventuale vantaggio conseguito da altra società del gruppo medesimo. Non si negava la realtà del fenomeno nella dimensione economica, ma si riteneva che, sul piano giuridico, esso corrispondesse a più società aventi ciascuno una propria autonomia patrimoniale. La stessa responsabilità degli amministratori andava quindi valutata in relazione alle singole società.

Il d.lgs. n. 6/2003 non ha disciplinato ogni aspetto del gruppo di imprese ma ha indicato con chiarezza l'elemento rilevatore del fenomeno, rappresentato dall'effettivo esercizio da parte di una delle società dell'attività di direzione e controllo su altre. È, quindi, la relazione economico-imprenditoriale tra i soggetti imprenditoriali componenti e la presenza di un ente con funzioni di coordinamento e direzione a far emergere l'esistenza del gruppo di imprese³². Il quale risulta caratterizzato dal fatto che una pluralità di società è sottoposta alla guida unitaria che una di esse esercita sulle altre. Non potrebbe riconoscersi il gruppo di imprese senza dare rilievo all'interesse di gruppo. E, infatti, se l'attività di direzione e coordinamento di società può essere fonte di responsabilità civile, tale responsabilità risulta esclusa quando «il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e di coordinamento» (art. 2497, co. 1 c.c.: cc.dd. vantaggi compensativi). Con ciò si riconosce che a fronte delle dinamiche tipiche del fenomeno, caratterizzate da continui interscambi tra le diverse componenti, non sarebbe corretto isolare, considerandolo come fonte di responsabilità, il singolo atto, pur di per sé dannoso per la società che

³¹ Cass., Sez. I, 21 gennaio 1999, n. 521, Rv. 522469.

³² Cass., Sez. V, 12 luglio 2018, n. 31997, Vannini e altri, Rv. 273635.

lo compie, ma occorre tener conto dei ritorni di utilità connessi all'appartenenza al gruppo, che possono comportare, in una valutazione globale, un sostanziale riequilibrio di vantaggi e svantaggi patrimoniali. La trama delle relazioni tra capogruppo e controllate si è fatta quindi più evidente. Ai sensi dell'art. 2497 c.c., le società e gli enti coordinatori, dato che agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio ed altrui, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria, assumono la diretta responsabilità nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato e nei confronti dei creditori sociali per la eventuale lesione del patrimonio sociale della controllata. Le decisioni di chi esercita attività di direzione e di coordinamento debbono essere analiticamente motivate e si debbono indicare le ragioni economiche ed imprenditoriali dell'operazione al fine di una valutazione in ordine al risultato di gruppo (art. 2497-ter c.c.), dandone conto nella relazione che accompagna il bilancio (art. 2428 c.c.)³³.

Sul versante penalistico, la posizione dell'amministratore della società capogruppo è stata tematizzata dalla giurisprudenza in pochi casi. Una sentenza meno recente ha affermato che gli amministratori della capogruppo hanno una posizione di garanzia «in quanto collocati al vertice dell'ente che determina le scelte gestionali di quanti amministrano le società controllate...; e ciò alla luce del preciso obbligo di vigilanza stabilito dall'art. 2392 c.c.». I giudici di legittimità hanno così rinvenuto in capo all'amministratore della capogruppo una posizione di garanzia «nei confronti della gestione della controllata»³⁴. In realtà, l'art. 2392 c.c. disciplina il rapporto tra amministratore e società amministrata e, pertanto, non sembra possa autorizzare a stabilire connessioni tra l'amministratore della capogruppo e la società controllata, che ha suoi propri organi sociali. A tutto concedere, quell'affermazione sottende una concezione delle

³³ Il riconoscimento del fenomeno dei gruppi di impresa da parte del legislatore si è spinto sino alla previsione di una causa speciale di non punibilità per il reato di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 cod. civ., incardinata sulla esclusione dell'ingiustizia del profitto «se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

Con tale ultima espressione, la disposizione mira ad attribuire pieno diritto di cittadinanza penalistica alla menzionata teoria dei vantaggi compensativi.

³⁴ Cass., Sez. V, 10 gennaio 2001, n. 191, Rv. 218073.

relazioni infragruppo che considera la società capogruppo, e quindi i suoi organi, alla stregua di un'amministratrice di fatto delle società controllata. Ma allora la tesi risulta decisamente smentita dalla riforma del 2003.

La dottrina, dal canto suo, appare in prevalenza incline a negare la rinvenibilità di una posizione di garanzia dell'amministratore della capogruppo derivante proprio da tale ruolo, stante l'assenza di poteri impeditivi incidenti sull'operato degli amministratori delle controllate³⁵.

Il tema, tradizionalmente svolto con riguardo a reati dolosi, è stato però ripercorso più di recente nella prospettiva della responsabilità colposa³⁶. Muovendo dal presupposto che il gruppo di imprese viene ormai riconosciuto come un particolare attore economico, orientato nei suoi atti dall'interesse di gruppo, perseguito attraverso l'esercizio da parte della capogruppo dei poteri di direzione e di coordinamento delle società 'operative', le cui attività devono contribuire al conseguimento dell'interesse di gruppo, si è sostenuto che, nella dimensione penalistica, assume rilievo che l'autonomia delle società controllate si accompagni al controllo da parte della società capogruppo. Sulla scorta della teoria della competenza per il rischio, fatta propria anche dalle Sezioni Unite³⁷,

³⁵ Non offre spunti particolari l'ipotesi dell'amministratore della capogruppo che operi quale amministratore di fatto della società controllata, se non per la definizione delle condizioni che permettono di identificare una simile relazione. Secondo la giurisprudenza penale, la nozione di amministratore di fatto, introdotta dall'art. 2639 cod. civ., postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione. Quanto all'accezione che va riconosciuta rispettivamente alla significatività e alla continuità, sin dalle sentenze Cass., Sez. V, 30 novembre 2005, n. 43388, Rv. 232456 e Cass., Sez. V, 13 aprile 2011, n. 15065, Rv. 250094 si è precisato che i menzionati comotati non implicano l'esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di una società; ma richiedono unicamente lo svolgimento di un'apprezzabile attività di gestione in termini non occasionali o episodici. In una pronuncia più recente, Cass., Sez. V, 6 novembre 2019, n. 45134, Rv. 277540, si è anche rammentato che l'amministratore di fatto è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto, per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili.

³⁶ Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in *Giur. it.*, 2022, 953. In dottrina, BOIDI-ROSSI-VERNERO, *La disciplina dei gruppi di impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Resp. ann. soc. ed enti*, 2012, 2, 183 ss.

³⁷ Il riferimento è nuovamente a Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit. Ma affermazioni similari, peraltro ad opera del medesimo estensore, già possono leggersi in Cass. Sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821: «esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. Soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Ciò suggerisce che in molti casi occorre

si è affermato che un medesimo rischio può essere gestito da più soggetti, i cui compiti si differenziano in ragione dei poteri a ciascuno attribuiti, oltre che delle eventualmente differenti regole cautelari da osservare. Rispetto ai fenomeni organizzativi con il quale usualmente interloquisce la teoria della competenza per il rischio, la peculiarità offerta dal fenomeno del gruppo di imprese risiede nelle forme di esercizio di tale competenza, quando rimanga nell'alveo dei poteri indicati dall'art. 2497 c.c. e non trasmodi in diretti atti di gestione delle società controllate (dando luogo all'amministrazione di fatto). Ne discende che fare leva sulla natura dei poteri di direzione e di coordinamento e quindi sull'autonomia decisionale degli amministratori della controllata per escludere l'eventuale responsabilità colposa dell'amministratore della capogruppo riporta indebitamente in gioco la teorica dei poteri impeditivi richiesti dalla responsabilità che fonda sull'art. 40 cpv. cod. pen. Essi, infatti, non sono necessariamente implicati dalla responsabilità colposa, che ben può attenere ad una condotta attiva (ad esempio, l'emanazione di direttive); in tali casi sono decisivi il carattere appunto colposo della condotta e che questa abbia avuto in concreto efficienza causale. Per questo, né i poteri di direzione e di coordinamento né l'autonomia giuridica degli organi di gestione delle controllate sono ontologicamente incompatibili con la titolarità, in capo all'amministratore della capogruppo, di una competenza inerente ad eventuali aree di rischio connesse alle attività di impresa.

In sostanza, anche all'amministratore della holding fa capo una sfera di competenza, esercitata attraverso i poteri di direzione e di coordinamento, avente ad oggetto i rischi connessi alle attività svolte direttamente e dalle società dell'intero gruppo. Quando in capo all'amministratore della capogruppo si dà un fascio di poteri in grado di incidere sulla gestione del rischio affidata sul piano operativo alle società controllate (e ciò dipende anche dalla natura della holding), per quanto essi si estrinsechino attraverso l'emanazione di direttive o il controllo dei risultati della gestione delle controllate in rapporto all'interesse di

configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio».

gruppo, l'esercizio negligente, imprudente o imperito di tali poteri, che abbia avuto efficacia causale nella verifica dell'evento, apre il campo ad una possibile responsabilità colposa.

In tal modo, accanto all'ipotesi, pacificamente ammessa, nella quale l'amministratore della capogruppo risponde per aver scientemente determinato l'amministratore della controllata alla violazione della legge penale, profittando della sua posizione di primazia all'interno del raggruppamento societario (caso riconducibile al concorso di persone nel reato), e all'ipotesi dell'amministratore della capogruppo che abbia operato come amministratore di fatto della società controllata, è venuta delineandosi l'ipotesi di una responsabilità 'diretta' dell'amministratore della capogruppo per l'esercizio 'colposo' dei poteri di direzione e di coordinamento.

4. *Conclusioni.* Il *file rouge* che lega i temi trattati è la presentazione di costrutti fondamentali bisognosi di reinterpretazione quando si apra la prospettiva prevenzionistica. I poteri che residuano al consigliere di amministrazione non delegato e i poteri di direzione e di coordinamento delle società controllate esercitati dall'amministratore della capogruppo devono essere scomposti, esaminati, tradotti per poterne cogliere i tratti che interessano al diritto penale prevenzionistico. Un'operazione ad alto tasso di difficoltà ed esposta al rischio di esiti di notevole criticità. Non sapremo dire quanto possa fare il legislatore. Non pare dubbio, però, che la giurisprudenza debba cercare soluzioni che preservino la realtà effettuale che trova legittimazione nella disciplina extrapenale (*id est*, il concreto modello organizzativo dell'impresa), senza annullarla o comprimere in formule che tradiscono la complessità del mondo nel quale è ambientato il fatto che è chiamata a giudicare.