

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 17/01/2017**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38955-la-colpa-oggettiva-del-datore-di-lavoro>**

**Autore: Giarrizzo Mauro**

## **La colpa oggettiva del datore di lavoro**

La colpa oggettiva del datore di lavoro.  
Commento a sentenza n. 38343/2014.  
Di Mauro Giarrizzo.

La sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sez. Unite Penale, n. 38343<sup>1</sup> del 18/09/2014, rievoca l'importanza che riveste la posizione di garanzia<sup>2</sup> nei vari livelli aziendali. Dopo accurata disamina e dopo aver esposto le ragioni di diritto, nei vari punti di doglianza della difesa degli imputati, il Supremo Collegio ne conferma la commistione organica, fra le varie figure apicali, analizzando la delicata problematica della selettiva individuazione dei "GARANTI"<sup>3</sup> nell'ambito di unità complesse come le società per azioni.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite come un sapiente maestro, stimolando i concetti giuridici della posizione di garanzia di cui all'art. 40<sup>4</sup> capoverso Codice Penale, crea un nuovo principio di diritto nel RISCHIO.

Diventa strada maestra, nel diritto vivo, individuare il colpevole della creazione del disvalore, nelle sfera di responsabilità confermata dai poteri di gestione e controllo che concretamente dispongono i soggetti nella società. Sfera di responsabilità implicitamente contenuta nella funzione dirigenziale quale immedesimazione organica all'azienda.

La sentenza evita di errare con l'eccessiva ed indiscriminata ampiezza dell'imputazione oggettiva generata dal condizionalismo delle teorie classiche, quali: la causalità adeguata, la causa efficiente, la causalità umana, la teoria del rischio<sup>5</sup>; si tenta di analizzare il controverso art. 41<sup>6</sup> capoverso Codice Penale separando le sfere di responsabilità, per arrivare ad esprimere il proprio giudizio sulla paternità dell'illecito penale. La sentenza, dunque, individua nell'idea del "RISCHIO" il nuovo sentiero da dover perseguire nel campo della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Da tali premesse emergono varie responsabilità, in capo al datore di lavoro come riformulato, nella sentenza in commento. Datore di lavoro che è e resta l'unico attore principale nella dinamica lavorativa, poiché ha la colpa oggettiva di creare lavoro. Colpa oggettiva che il sistema penale non è stato in grado di eliminare neanche con il conferimento di delega di funzioni. Anzi, si dirà di più: la pregevole sentenza del Supremo Collegio Penale, ha comunque rimarcato il disvalore dell'operato del datore di lavoro, come riformulato, accentuando la colpa oggettiva anche in presenza di delega di funzioni, di cui al Decreto Legislativo 81/2008, art. 16. Ma la delega di funzioni non è un contratto stipulato con terzi, come ad esempio l'art. 1703<sup>7</sup>, o l'art. 1388<sup>8</sup> codice civile? C'è qualche differenza tra la delega di cui all'art. 16

---

<sup>1</sup><http://www.giurisprudenzapenale.com/2014/09/18/sentenza-thyssenkrupp-depositate-le-motivazioni-delle-sezioni-unite/>

<sup>2</sup>[www.dirittoeprocesso.com](http://www.dirittoeprocesso.com) LA DELEGA DI FUNZIONI COME FONTE DI RESPONSABILITÀ PENALE . DIRITTO E PROCESSO, ISSN: 2038-2030.

<sup>3</sup> <http://www.giurisprudenzapenale.com/2014/09/18/sentenza-thyssenkrupp-depositate-le-motivazioni-delle-sezioni-unite/> , punto 13, Il garante come gestore del rischio.

<sup>4</sup> F. RAMACCI, G. SPANGHER, (a cura di) Codice Penale e Procedura Penale, Milano 2016: <<40. Rapporto di causalità: Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione.

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.>> Vedasi anche: <http://www.diritto.it/articoli/penale/rossi.html>; [http://ecum.unicam.it/614/1/Tesi\\_dottorato\\_Giaccaglia.pdf](http://ecum.unicam.it/614/1/Tesi_dottorato_Giaccaglia.pdf) .

<sup>5</sup> Le teorie specificate nella sentenza sono reperibili in qualunque testo di Diritto Penale Parte Generale, quale ad esempio: G. FIANDACA- E. MUSCO, Diritto Penale parte generale - V ed. Bologna, 2011; MARINUCCI, DOLCINI, Manuale di Diritto Penale. Parte generale, terza edizione. Milano - ISBN 8814146454

<sup>6</sup> F. RAMACCI, G. SPANGHER, (a cura di) Codice Penale e Procedura Penale, Milano 2016: << 41. Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.>>

Vedasi anche: <http://www.laleggepertutti.it/codice-penale/art-41-codice-penale-concorso-di-cause>

7 V. CUFFARO, B. SASSANI, Codice Civile e Procedura Civile e Leggi Complementari, Milano 2016. << 1703 Nozione: Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.>>

8 V. CUFFARO, B. SASSANI, Codice Civile e Procedura Civile e Leggi Complementari, Milano 2016. << 1388 Contratto concluso dal rappresentante: Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.>>

Decreto Legislativo 81/2008 e i contratti di stampo civilistico di cui già detto? L'art. 16 decreto sicurezza ha forse escluso la natura privatistica del contratto con i terzi per la spendita del nome altrui<sup>9</sup>? E qual'è la differenza del summenzionato contratto se viene analizzato dal Giudice Penale o da quello Civile? La delega non rientra sempre nel novero delle disposizioni civilistiche quando conferita secondo regole certe? Secondo l'art. 2 comma 1 lettera b) del D. Lgs. n. 81/2008 datore di lavoro non è: << b) il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.>> E secondo l'art. 16 detto decreto, non è concessa <<1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: >>

Se il sistema legislativo conferisce in capo al datore di lavoro la funzione di delega, con le ristrettezze del caso, allora perché si deve essere incolpati solo per la qualificazione della funzione di datore di lavoro?

I correttivi al decreto sicurezza<sup>10</sup> hanno posto in capo, sempre al datore di lavoro, un obbligo di vigilanza "alta"<sup>11</sup>, anche se non vuole, non può, non è in grado di avere le competenze tecniche del caso.

Mi chiedo, allora, a che serva la delega di funzioni! Essa, prevista dal decreto legislativo 81/2008, non è alternativa, stante il fatto che comunque si è incolpati per "colpa oggettiva", poiché si riveste la qualifica di datore di lavoro. E perché sprecare soldi per incaricare qualcuno se poi si è sempre in colpa oggettiva?

---

<sup>9</sup> <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/contract/Edmondo-1997/nota.htm> Conferma Tribunale di Trento, 19 aprile 1994, n. 470 - OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Contratti in genere - Rappresentanza - Contemplatio domini tacita - Ammissibilità (C. c. art. 1388). -<<L'esternazione del potere rappresentativo non richiede una espressa dichiarazione di spendita del nome del rappresentato, essendo sufficiente che il sottostante rapporto di procura sia manifestato al terzo contraente attraverso elementi univoci e concludenti dai quali risulti chiaramente che l'attività del soggetto agente si svolge, appunto, in attuazione di un potere rappresentativo a lui conferito (cd. contemplatio domini tacita)>> ... <<Quanto a quest'ultimo profilo, la medesima dottrina insiste nel sottolineare che non è sempre necessario che vi sia un'espressa dichiarazione di spendita del nome del rappresentato, poiché ciò che importa è che l'atto appaia al terzo, alla stregua di una normale valutazione, come atto compiuto dal rappresentante nella sua qualità, cioè come atto da riferire direttamente al rappresentato, e consistendo la spendita del nome del rappresentato nella sostanziale esternazione del potere rappresentativo, in qualunque forma esso si manifesti (BIANCA, ibidem; CARIOTA FERRARA, il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, s.d., 669 e ss.; MESSINEO, Il contratto in generale, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, XXI, Milano, 1968, 246; BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, in Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli, XV, tomo II, 1955, 588; NATOLI, La rappresentanza, Milano, 1977, 101-103; MIRABELLI, Delle obbligazioni e dei contratti in generale, in Commentario al codice civile, Torino, 1980, 360; PUGLIATTI, Studi sulla rappresentanza, Milano, 1965, 251; contra, MOSCO, La rappresentanza volontaria nel diritto privato, Napoli, 1961, 305; DI MAJO GIAQUINTO, recensione di MOSCO, in Riv. Dir. Civ. 1962, I, 398).

<sup>10</sup> <http://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/studi-e-statistiche/Documents/Testo%20Unico%20sulla%20Salute%20e%20Sicurezza%20sul%20Lavoro/Testo-Unico-81-08-Edizione-Giugno%202016.pdf> Articolo 16 - Delega di funzioni 1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: a) che essa risulti da atto scritto recante data certa; b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate. e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.

2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.

3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.

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>11</sup> <http://www.giurisprudenzapenale.com/2014/09/18/sentenza-thyssenkrupp-depositate-le-motivazioni-delle-sezioni-unite/> , punto 15

Ma <<La funzione pratica e sociale del diritto>> non dovrebbe <<servire alla vita<sup>12</sup>>>. Già il Codice Rocco, di suo, creò un “amalgama” tra le varie scuole esistenti nel periodo pre-fascista per creare il nuovo e puntuale strumento di difesa contro gli illeciti. E’, per nostra grande fortuna, che l’illuminista BRICOLA<sup>13</sup> regalò, alla Comunità Italiana, il proprio pensiero che arginò il tecnicismo del diritto penale del Codice Rocco, con la nuova e ancora viva Carta Costituzionale. Il pensiero di Bricola, si fonda su due direttrici: <<In primo luogo, i vari principi costituzionali sono visti in un sistema di loro reciproca integrazione, in cui il risultato sinergico finale è quello di un illecito a presidio della libertà, come tale costituzionalmente sottratto a qualunque tentazione di abuso legislativo. In secondo luogo, la Carta fondamentale non fa più semplicemente da baluardo garantistico in senso tradizionalmente liberale e ottocentesco, ma diviene il fondamento di legittimazione dell’esistenza stessa di questo tipo di illecito, dei suoi contenuti, dei suoi scopi di tutela. Insomma, la costituzione veniva non solo a tracciare i limiti esterni e in qualche modo ‘formali’ dell’illecito penale, ma si spingeva a delinearne gli oggetti e i contenuti di tutela, venendo così alla fine a entrare per così dire in concorrenza con la politica criminale. Massimamente espressiva di questa sorta di tensione concorrenziale con la politica criminale fu la teoria cosiddetta dei beni giuridici costituzionalmente significativi quali unici valori e interessi legittimamente meritevoli di tutela penale<sup>14</sup>.>>

La tutela del bene giuridico costituzionalmente protetto, come da sentenza del Supremo Collegio, è la Vita. E’ per essa, quindi, che il Supremo Collegio a Sezioni Unite, ha espresso rammarico e ha conferito alla condotta illecita del datore di lavoro, nelle varie posizioni di garanzia, una responsabilità oggettiva capace di far comprendere il grande disvalore che nell’omissione, propria o impropria<sup>15</sup>, della “ALTA” vigilanza pur in presenza di delega di funzioni, deve essere applicata.

Il Supremo Collegio, con la sentenza in commento, pur avendo analizzato anche aspetti del diritto naturale, non riesce a cogliere, anzi a regalare alla Comunità Penalistica, alcuna innovazione per elidere la colpa oggettiva che resta in capo al datore di lavoro. Eppure, il Supremo Collegio, in alcuni momenti lascia intendere di voler esperire una “LECTIO MAGISTRALIS” nel riempire vuoti che neanche miglior Dottrina, ratio materia, ha saputo spiegare, o ha spiegato lasciando adito ad altri di poter meglio criticare.

Ora se il diritto penale non riesce o non vuole trovare altra soluzione che la colpa oggettiva, allora sarebbe meglio tornare alla legge delle XII Tavole, di romana memoria.

Si può essere colpevoli solo perché si crea progresso? E se detto assunto è veritiero, allora si dovrebbe tornare all’età della pietra con ogni sua conseguenza!

Ma non sarebbe stato meglio indagare ancor più nel profondo del sistema giudiziario esistente, anziché conferire grande potere alla colpa oggettiva? Il sistema penale non è che uno dei tanti mondi giuridici che deve integrarsi con tutto il sistema e fare i conti con la Carta Costituzionale, da confutare prima di decidere. Se l’uomo è arrivato a creare intelligenza artificiale perché mai non riesce a spremere i propri neuroni per elidere dal sistema penale la colpa oggettiva? E la grande tradizione dei Penalisti che, dall’Età Liberale a oggi, ci hanno lasciato quale grande patrimonio culturale, non viene lesa da una enormità quale la colpa oggettiva? Se non siamo in grado di poter adeguare una teoria per arginare la condotta della colpa oggettiva del reato, non punibile dal sistema penale italiano, allora siamo peggio dei tribali che cercano nel sacrificio un espediente per allontanare ogni malefico.

Non è concepibile arrivare al diritto naturale per confermare una pena. La pena proviene da ciò che il Legislatore Ordinario, vista la riserva assoluta di legge<sup>16</sup> descrive per inserirlo nel codice penale; da ogni suo comportamento ritenuto immeritevole e castigabile; da ogni suo articolo che cerca di arginare ogni illecito. Non può essere mai concepibile, per l’era in cui siamo, una soluzione identica e confermata dal diritto naturale. Si dovrebbe tornare, quindi, con mio sommo gaudio, alla Scuola di Savigny; ai suoi primari

---

<sup>12</sup>F. COLAO, «Un fatale andare». Enrico Ferri dal socialismo all’«accordo pratico» tra fascismo e Scuola positiva, in [file:///C:/Users/user/Downloads/536-1033-1-SM%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/536-1033-1-SM%20(3).pdf)

<sup>13</sup> <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1340263536Donini%20Bricola.pdf>

<sup>14</sup> [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena\\_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-pena_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)  
di Francesco Palazzo: La pena - Scienza penale ed esperienza giuridica.

<sup>15</sup> G. FIANDACA, Il reato commissivo mediante omissione, Milano, 1979; G. GRASSO, Il reato omissivo improprio, Milano, 1983.

<sup>16</sup> Vedi nota 4.

insegnamenti, a ciò che dalla comune gente emerge e passa proprio dai sommi dottori della legge per essere assunta a disposizione di legge. D'altro canto, <<“Le opere scientifiche classiche hanno innanzitutto un significato storico [...] Esse inoltre assumono un valore permanente nella misura in cui contengono riflessioni generali indipendenti dal tempo e dallo spazio”. Una tale affermazione introduceva, nel 1914, la ristampa di *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* di Savigny, ripubblicato, insieme con il saggio di Thibaut *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* e corredato da repliche degli autori e giudizi dei loro contemporanei<sup>17</sup>>>.

A parere di chi scrive, con la pregevole sentenza del Supremo Collegio, si torna al secolo XIX, con la perdita di ogni concetto giuridico creato. Dovremmo ristudiare Bricola<sup>18</sup> e guardare ai beni giuridici che la Carta Costituzionale ci consegna, al di là di ogni strumentale idea del passato da rottamare. Si dovrebbe tornare a dar man forte a ciò che gli Illustri MAESTRI del Foro Penale hanno consegnato come consuetudine a noi moderni.

---

<sup>17</sup> [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/vano\\_10.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/vano_10.pdf) , C. VANO, Della vocazione dei nostri luoghi.

Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny

<sup>18</sup> M. DONINI, L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali, in *Diritto Penale Contemporaneo*