

## Corso intensivo on - line AVVOCATO 9<sup>a</sup> ed. 2015

### Lezione P-01

### Il principio di riserva di legge e i suoi corollari

#### Parte prima – Le tracce

#### **Il parere – Sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo**

*Tizio è proprietario di un terreno sul quale intende realizzare un fabbricato per civile abitazione a quattro piani fuori terra. Chiede pertanto, ed ottiene, il rilascio di un permesso di costruire in ordine al suddetto progetto. L'erigendo fabbricato, tuttavia, causa l'incidenza parziale dei balconi sull'area di ampliamento della sede stradale, viene sottoposto a sequestro preventivo, in relazione all'ipotizzato reato di costruzione abusiva ex art. 44 lett. b D.P. R. 380/01 "per mancato rispetto dei parametri di altezze e distanze prescritti dal nuovo regolamento edilizio, maggiormente con riferimento all'allargamento della sede stradale della via antistante l'organismo edilizio". Tizio, preoccupato per la vicenda, si rivolge a un legale di fiducia. Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere, senza trascurare una disamina con riguardo al sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo.*

#### **L'atto – Appello, molestie e principio di legalità**

*Mediante la connessione internet relativa all'utenza telefonica a lui intestata, Tizio attiva una casella di posta elettronica spendendo generalità di persona inesistente.*

*Avvalendosi di detta casella, egli invia all'indirizzo elettronico di Caia ripetuti messaggi contenenti apprezzamenti gravemente lesivi della dignità e della integrità personale e professionale di Sempronio, convivente della destinataria.*

*A seguito della querela presentata da Sempronio, Tizio viene tratto a giudizio per rispondere della contravvenzione di molestie, e viene condannato dal Tribunale di Parma, in composizione monocratica, all'ammenda di € 200,00.*

*Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto di impugnazione avverso la sentenza di condanna.*

#### **Parere breve n. 1- Successione cd. mediata di leggi nel tempo**

*Tizio, cittadino rumeno, senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore di lasciare il territorio italiano entro 5 giorni, ordine emesso in data 6 dicembre 2006. Tratto a giudizio per rispondere del fatto commesso, il Giudice, in data 1 febbraio 2007, afferma la responsabilità penale di Tizio ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 286/1998, nonostante, a partire dal 1 gennaio 2007, la Romania sia entrata a far parte dell'Unione Europea e, Tizio, non sia più da considerare come "straniero". Il candidato, assunte le vesti del difensore di Tizio, premessa la nozione di successione mediata ed opportunamente distinto l'istituto dalla successione di disposizioni integratrici di norme penali in bianco, rediga motivato parere*

#### **Parere breve n.2 – Successione di leggi in ambito fallimentare**

*Con decreto del 13/06/06 il G.u.p. presso il Tribunale di Cagliari disponeva il giudizio a carico di Tizio e Caio per il reato di bancarotta fraudolenta, di cui all'art. 216 l.f.*

*Ipotizzava l'accusa che i prevenuti, quali soci ed amministratori della s.n.c. Alfa con sede in Cagliari, avente ad oggetto attività di gestione bar e ristoranti, nonché somministrazione di bevande ed alimenti, dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Cagliari del 21/9/05, avessero tenuto i libri e le altre scritture contabili in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.*

*Nel corso dell'istruttoria dibattimentale viene acquisita la relazione del curatore fallimentare, da cui emerge che la società Alfa non aveva superato alcuno dei due parametri di fallibilità indicati nell'art. 1 l.f., così come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2006, normativa vigente all'epoca della celebrazione del giudizio di primo grado.*

*La relazione conclude che gli imputati, in qualità di amministratori della s.n.c., ancorché insolventi, non sarebbero assoggettabili a fallimento, rientrando la società di persone ed i singoli soci nella nozione di "piccolo imprenditore".*

*Premessi brevi cenni sulla tematica della successione mediata di leggi penali, dica il candidato se Tizio e Caio debbano rispondere del reato di bancarotta fraudolenta loro ascritto.*

**Parere breve n. 3 – Abolito criminis e successione di leggi**

*Tizio nel 2005, in qualità di vice presidente e amministratore delegato della società "Alfa s.p.a.", società posta in amministrazione controllata con decreto del 2004 del Tribunale, veniva condannato per bancarotta fraudolenta impropria, per avere distratto, occultato, dissipato somme della società, nonché per averne falsificato i bilanci. Entrata in vigore nel 2006 la nuova formulazione dell'art. 236 l. fall. si rivolge ad un legale chiedendogli un parere in merito agli effetti che detta novella produce sulla sentenza di condanna ormai irrevocabile. Il candidato assunto le vesti del legale rediga motivato parere.*

**Parere breve n. 4 – Tempus commissi delicti**

*Tizio decide di costruire una villetta in una zona sismica, ma i lavori vengono eseguiti in difformità del progetto depositato presso l'ufficio del genio civile.*

*Con verbale del 2.2.2001 i competenti organi di polizia giudiziaria accertano che i lavori che Tizio sta eseguendo non sono conformi alle disposizioni tecniche dettate dalla normativa antisismica. Successivamente, in data 10.3.2005, senza che la PG abbia verificato l'esecuzione di ulteriori lavori dopo la data dell'accertamento dell'illecito, il PM chiede il rinvio a giudizio di Tizio per il reato di cui agli artt. 3 e 20 della l. n. 64/1974. Tizio si rivolge ad un legale al quale chiede una valutazione della responsabilità penale derivante dal suo comportamento.*

*Il candidato, premessi brevi cenni sulla nozione di tempus commissi delicti con particolare riferimento ai reati di durata, rediga il parere richiesto illustrando le problematiche sottese al caso in esame.*

**Parere breve n. 5 – Successione di leggi in materia di reati societari**

*Tizio, amministratore della società Alfa, viene condannato per il reato di appropriazione indebita per aver destinato ai partiti politici somme prelevate dal patrimonio della società. Entrato in vigore il nuovo art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale), come riformulato dal d.lgs. n. 62/2001, Tizio si rivolge ad un legale per sapere se l'innesto normativo può dare vita ad una abolito criminis.*

**Parere breve n. 6 - Successione di leggi in materia di concussione ed induzione indebita**

*Tizio, imprenditore, presenta alle competenti Autorità una richiesta volta ad ottenere l'autorizzazione al commercio di sostanze pericolose, per provvedere sulla quale l'Ente preposto ha un termine di legge di novanta giorni.*

*Caio, dipendente dell'Ente responsabile del relativo procedimento, in data 05.11.2012 contatta Tizio, chiedendogli la somma di Euro 5.000,00 al fine di emettere il richiesto provvedimento autorizzativo in largo anticipo rispetto al termine previsto dalla legge, in modo da favorirne l'iniziativa imprenditoriale.*

*Tizio, pur contro voglia, acconsente a detta richiesta, e versa in pari data a Caio la somma richiesta, ottenendo immediatamente il provvedimento richiesto.*

*In data 10.01.2013, venuto a sapere che la competente Procura della Repubblica sta svolgendo indagini preliminari sull'accaduto, Tizio si rivolge ad un legale domandandogli un parere sulla propria posizione.*

*Il candidato, assunto le vesti del legale, rediga il parere richiesto.*

**Parere breve n. 7 – Tipicità penale**

*Tizio viene tratto a giudizio per il reato di cui all'art. 734 c.p. (distruzione e deturpamento delle bellezze naturali), per aver realizzato un intervento edilizio (costruzione di un parcheggio) regolarmente assentito dalla competente autorità in zona soggetta a plurimi vincoli paesaggistici ed ambientali. Il candidato rediga motivato parere soffermandosi sulla rilevanza dell'autorizzazione amministrativa ai fini della integrazione del reato in questione.*

**Parere breve n. 8 – Infortuni sul lavoro, principio di legalità, delega**

*Sempronio, titolare della ditta Alfa, si aggiudica un appalto per la realizzazione di un ospedale. In vista dei lavori, Sempronio con lettera del 3.7.2006, nella quale viene puntualmente*

*indicato l'oggetto dell'incarico, nomina Caio, un suo dipendente dalla comprovata esperienza in materia antinfortunistica, delegato alla sicurezza. A seguito dell'accettazione della sua accettazione, Sempronio mette a disposizione di Caio i mezzi necessari al corretto adempimento degli obblighi derivanti dalla normativa antinfortunistica, ritenendo così di aver diligentemente adempiuto ai doveri imposti dalla legge. Nel corso dei lavori Tizio, uno degli operai impiegati nella ditta, si infortuna, riportando ferite giudicate dai medici guaribili in 50 giorni. Dagli accertamenti successivamente condotti dall'ispettore della Direzione Generale del Lavoro emergono gravi irregolarità nella predisposizione delle misure protettive previste dalla legge. Sempronio si reca da un legale per chiedergli un parere sulla sua posizione. Il candidato, assunto le vesti dell'avvocato, premessi brevi cenni sul principio di legalità, rediga il parere richiesto, soffermandosi sugli istituti e sulle problematiche ad esso sottese.*

**Parere 9 - Successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale**

*Tizio, stipula con la Banca Alfa un contratto di mutuo oneroso, che prevede un piano di restituzione delle somme nell'arco di cinque anni.*

*Nel corso del secondo anno successivo alla conclusione del contratto, la competente Procura della Repubblica avvia delle indagini sull'attività di concessione del credito da parte della Banca Alfa, accertando, in base ad accertamenti tecnici, che il mutuo contratto da Tizio prevede un tasso di interesse usurario. Esercitata l'azione penale in danno dei soggetti responsabili, e rinviati gli stessi a giudizio, Tizio si costituisce parte civile per ottenere il risarcimento del danno.*

*Nel corso dello svolgimento del dibattimento, però, interviene il d. l. n. 70 del 2011, così come modificato dalla legge di conversione n. 106 del 2011, il quale modifica la legge speciale che individua le modalità di quantificazione del tasso di interesse usurario, rideterminandolo in misura tale che il saggio applicato a Tizio sia legittimo.*

*Caio, direttore della Banca Alfa ed imputato, domanda conseguentemente al Tribunale declaratoria di estinzione del reato ascrittogli, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, c.p.*

*Tizio allora si rivolge ad un legale, cui domanda un parere in merito all'esito della domanda di declaratoria di estinzione del reato. Il candidato, assunto le vesti del legale interessato da Tizio, rediga il parere richiesto.*

**Parere breve n. 10 – Doping sportivo**

*Tizio, istruttore di body building, viene sottoposto a procedimento penale per il reato previsto e punito dall'art. 9 comma 1, legge n. 376/2000, per avere, nell'aprile 2002, procurato e favorito l'assunzione da parte di un atleta di farmaci ad azione dopante (individuati come tali dall'elenco allegato in appendice alla legge n. 552/1995) in assenza di condizioni patologiche giustificative, al fine di alterare le prestazioni sportive in prossimità di una gara. Il reato in questione viene contestato in concorso con i reati di: a) ricettazione (art. 648 c.p.); b) esercizio abusivo della professione di farmacista (art. 348 c.p.); c) somministrazione di medicinali guasti e pericolosi per la salute pubblica (art. 445 c.p.); d) commercio illegali di farmaci (art. 9, comma 7 legge n. 376/00).*

*Preoccupato dei possibili sviluppi della vicenda Tizio si rivolge ad un legale. Il candidato, assunto le vesti del legale, rediga motivato parere.*

## 1. Premessi brevi cenni sul principio di legalità

Il principio di legalità è previsto dall'art. 25 Cost. e ne sono corollari il principio della determinatezza o tassatività, della irretroattività e della riserva di legge, in bilico, per diverse dottrine, tra carattere assoluto e relativo. Il concetto di legge va inteso in senso formale con esclusione, tuttavia, della legge regionale, poiché la competenza penale è affidata in via esclusiva al legislatore centrale. Si pensi, al riguardo, alla recente pronuncia della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittima una legge regionale istitutiva di una casa da gioco poiché tale istituzione costituisce una scriminante al reato di giuoco e scommesse e non è competente la Regione a legiferare in materia penale.

La riserva di legge comporta anche tassatività delle prescrizioni penale senza che possa essere lasciato spazio a definizioni così generiche da non poter essere ritenute legittime. Al riguardo è pacificamente riconosciuto che la consuetudine non può avere valore nell'ambito della norma penale se non, per alcuni, in funzione integratrice della fattispecie laddove si rinvia a concetti da ricavare dal contesto sociale. Espressione del principio ex art. 25 Cost. è anche il divieto di analogia, che non è assoluto ma relativo: solo in *malam partem* e non anche in *bonam partem*. Per lo stesso motivo si dubita dell'interpretazione estensiva, poiché la legge penale non si applica oltre i casi ed i modi da essa disciplinati.

## 2. Responsabilità penale del datore di lavoro

Nel caso prospettato, Sempronio, nell'esercizio del potere organizzativo che spetta al datore di lavoro all'interno dell'azienda, ha nominato quale delegato alla sicurezza Caio, che tuttavia non ha correttamente adempiuto all'incarico affidatogli. Viene quindi in rilievo il problema di stabilire su chi gravi la responsabilità penale per il mancato rispetto della normativa antinfortunistica e per il ferimento di Tizio che ne è derivato. Si tratta di una questione assai dibattuta che concerne, più in generale, il tema dell'individuazione del soggetto responsabile per gli illeciti commessi nel corso dell'attività delle persone giuridiche.

Sul punto sono note le divergenti posizioni della dottrina.

A fronte di un indirizzo tradizionale che indica come responsabile il soggetto formalmente investito del potere di rappresentanza o di amministrazione dell'ente, finendo però per configurare una forma di responsabilità di posizione, si è consolidata nella dottrina più moderna la c.d. teoria funzionalistica che dà rilievo all'effettivo conferimento al dipendente di poteri impeditivi dell'evento dannoso.

La giurisprudenza, nel tentativo di conciliare le suestipate argomentazioni della dottrina con il principio di legalità e di non negoziabilità della posizione di garanzia, ha ammesso, in presenza di specifici requisiti, l'efficacia liberatoria della c.d. delega di funzioni, con la quale l'imprenditore trasferisce la titolarità di determinate funzioni all'interno dell'azienda ad un altro soggetto che diviene così responsabile per gli illeciti commessi nell'esecuzione dell'attività delegata. È stato comunque chiarito che sul delegante grava comunque un dovere di vigilanza e di intervento sui dipendenti, con conseguente esclusione della responsabilità, sotto il profilo soggettivo, solo quando il delegante non sia a conoscenza della violazione e non gli sia rimproverabile l'inosservanza dell'obbligo di controllo.

Poste queste premesse di ordine generale, è necessario verificare se, nel caso prospettato, la delega sia idonea a liberare Sempronio dalla responsabilità per gli illeciti commessi in violazione della normativa sulla sicurezza sul luogo di lavoro.

Sul punto, sono stati chiariti i requisiti di validità della delega di funzioni.

In particolare, per quanto concerne il profilo soggettivo, l'insegnamento prevalente ritiene che il soggetto cui viene conferito l'incarico debba essere dotato delle capacità e competenze tecniche necessarie, deve disporre di autonomia decisionale nei confronti del delegante e deve essere provvisto dei mezzi necessari per un corretto esercizio della delega. Tali requisiti sembrano tutti sussistere nel caso di specie: Caio, infatti, è un professionista con comprovata esperienza nel settore; Sempronio ha messo a sua disposizione fondi e mezzi necessari all'espletamento dell'incarico e non sembra essersi verificata alcuna ingerenza dell'imprenditore nell'attività del delegato.

Per quanto concerne nel dettaglio i requisiti della delega, giurisprudenza prevalente ritiene che questa debba essere espressa, chiara e specifica nel conferire l'incarico al delegato (tuttavia non vi è unanimità di consensi in ordine al requisito della forma scritta: cfr. per la tesi positiva **Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2011 n. 6872** -e, in precedenza, **Sez. III, 6 giugno 2003 n. 24800**; *contra* **Cass. Pen., Sez. III, 13 marzo 2003 n. 22931**), sia accettata dal

destinatario e sia conferita nel rispetto di norme e procedure statutarie. Anche sotto tale profilo la delega di Sempronio sembra rispondere ai rigorosi criteri richiesti dalla giurisprudenza. L'incarico, infatti, è stato conferito con lettera che indicava nel dettaglio i compiti e le mansioni attribuite a Caio, il quale, peraltro, ha accettato espressamente le mansioni delegategli.

È necessario peraltro sottolineare come la giurisprudenza prevalente ritenga che la delega di funzioni non esoneri completamente il datore di lavoro da ogni responsabilità per gli illeciti commessi dal delegato. Residuerebbe infatti un'area di funzioni non delegabili, consistenti nell'attività di vigilanza e controllo sull'operato dei delegati: atteso il principio di intrasmissibilità della posizione di garanzia, la delega opererebbe esclusivamente nel senso di mutare il contenuto della stessa, da dovere di adempimento diretto a dovere di controllo sul soggetto incaricato.

Di opposto tenore un orientamento minoritario della Suprema Corte il quale esclude la permanenza in capo al datore di lavoro di tale obbligo a seguito del conferimento della delega. Il trasferimento delle funzioni dal datore di lavoro al delegato avrebbe infatti lo specifico effetto di liberare il delegante da ogni responsabilità per gli illeciti commessi nell'esercizio della delega (conformi sul punto **Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 1998 n. 548; Cass. Pen., Sez. III., 26 febbraio 1998 n. 681**); tuttavia tale ricostruzione dogmatica è stata oggetto di numerosi rilievi critici, che hanno sottolineato la necessità di garantire il rispetto del principio di non negoziabilità della posizione di garanzia del datore di lavoro; l'impostazione giurisprudenziale dominante è ferma nel riconoscere la responsabilità, ai sensi dell'art. 40 cpv, c.p., del datore di lavoro il quale non abbia adottato un efficace sistema di controllo sull'operato degli incaricati. Tale insegnamento trova conferma nella recente pronuncia di legittimità in cui si chiarisce che *"il datore di lavoro che sceglie un professionista come responsabile della sicurezza non si libera dalle conseguenze legate alla sua posizione di garanzia se non designa un professionista idoneo, non elabora insieme a questi un piano di sicurezza, non gli mette a disposizione i mezzi per attuarlo, non vigila su tale attuazione"* (**Cass. Pen., Sez. IV, 19 novembre 2006 n. 41943**). Nel caso posto all'esame del S.C., è stata riconosciuta la responsabilità di una imprenditrice che, pur avendo affidato ad un responsabile delegato la cura di ogni aspetto inerente la sicurezza del cantiere, non aveva poi vigilato sulla predisposizione di un adeguato piano per la sicurezza e sull'attuazione di tutte le misure antinfortunistiche.

### 3. Conclusioni

Applicando i suesposti principi al caso in esame, sembrerebbe configurarsi la responsabilità di Sempronio per l'infortunio occorso a Tizio, in quanto l'imprenditore, dopo aver conferito la delega a Caio, non ha poi vigilato sulla corretta predisposizione e attuazione del piano per la sicurezza. Qualora fosse accertata tale omissione, Sempronio sarebbe chiamato a rispondere del reato di lesioni colpose gravi commesse con violazione della norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro ai sensi dell'art. 590, co. 3 c.p., nonché delle specifiche violazioni alle norme antinfortunistiche. La materia, peraltro, è stata oggetto di ulteriori arresti, più recenti (v. **Cass. pen. 16 luglio 2009, n. 42477; Cass. pen. 21 giugno 2007 n. 21471; Cass. pen. 31 marzo 2007 n. 11351**). Alla luce delle decisioni richiamate emerge che, in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, i dirigenti ed i preposti sono destinatari delle norme antinfortunistiche iure proprio, pur dopo che il d. lgs. n. 242 del 1996 ha abolito la distinzione operata dall'art. 4 del d. lgs. n. 626 del 1994 tra obblighi indirizzati al solo datore di lavoro ed obblighi posti congiuntamente a carico di quest'ultimo e dei dirigenti e preposti, sicché costoro sono responsabili dell'inadempimento degli obblighi di prevenzione a titolo originario, e non in via derivata nei soli casi di conferimento di apposita delega. Ad ogni modo, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, benché come mero ausiliario del datore di lavoro non sia chiamato a rispondere dell'inosservanza alle norme di prevenzione degli infortuni, può concorrere con il datore di lavoro nella responsabilità per i reati colposi di evento causati dall'omessa adozione di una doverosa misura di prevenzione, qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza, o inosservanza di leggi o discipline, abbia dato al datore di lavoro un suggerimento errato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio inducendolo al comportamento causalmente lesivo.



**Cass. pen. Sez. IV, 26 marzo 2013, n. 20125.**

*In materia di infortuni sul lavoro in un cantiere edile, il committente è il soggetto obbligato in via principale all'osservanza degli obblighi imposti in materia di sicurezza, stante quanto disposto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 494 del 1996, come modificato dal D.Lgs. n. 528 del 1999. In tal senso, si evidenzia come l'eventuale effetto liberatorio nei confronti del committente si realizza solo a seguito della nomina del responsabile dei lavori e nei limiti dell'incarico conferito a quest'ultimo.*

**Cass. Pen., sez. IV, 28 aprile 2011 n. 23292.**

*In tema di infortuni sul lavoro, in imprese di grandi dimensioni non può individuarsi il soggetto responsabile, automaticamente, in colui o in coloro che occupano la posizione di vertice, occorrendo un puntuale accertamento, in concreto, dell'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale, così da verificare la eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale; diversamente si finirebbe con l'addebitare all'organo di vertice quasi una sorta di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura ed alla conseguente responsabilità di altri. Tuttavia, pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non può andare esente da responsabilità il datore di lavoro allorché le carenze nella disciplina antinfortunistica e, più in generale, nella materia della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza.*

**Cass. pen. 16 luglio 2009 n. 42477**

*In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, gli obblighi di osservanza delle norme antinfortunistiche, con specifico riferimento all'esecuzione di lavori in subappalto all'interno di un unico cantiere edile predisposto dall'appaltatore, gravano su tutti coloro che esercitano i lavori, quindi anche sul subappaltatore interessato all'esecuzione di un'opera parziale e specialistica, che ha l'onere di riscontrare ed accertare la sicurezza dei luoghi di lavoro, pur se la sua attività si svolga contestualmente ad altra, prestata da altri soggetti, e sebbene l'organizzazione del cantiere sia direttamente riconducibile all'appaltatore, che non cessa di essere titolare dei poteri direttivi generali. (Dichiara inammissibile, App. Milano, 23 maggio 2008)*

**Cass. pen. 21 giugno 2007 n. 21471**

*In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, gli obblighi di osservanza delle norme antinfortunistiche, con specifico riferimento all'esecuzione di lavori in subappalto all'interno di un unico cantiere edile predisposto dall'appaltatore, grava su tutti coloro che esercitano i lavori, quindi anche sul subappaltatore interessato all'esecuzione di un'opera parziale e specialistica, che ha l'onere di riscontrare ed accertare la sicurezza dei luoghi di lavoro, pur se la sua attività si svolga contestualmente ad altra, prestata da altri soggetti, e sebbene l'organizzazione del cantiere sia direttamente riconducibile all'appaltatore, che non cessa di essere titolare dei poteri direttivi generali".*

**Cass. Pen., sez. IV, 19 novembre 2006 n. 41943**

*Il datore di lavoro che sceglie un professionista come responsabile della sicurezza non si libera delle conseguenze legate alla sua posizione di garanzia se non designa un professionista idoneo, non elabora insieme a questi un piano di sicurezza, non gli mette a disposizione i mezzi per attuarlo, non vigila su tale attuazione.*

**Cass. Pen, sez. III, 12 ottobre 2006 n. 41609**

*I verbi adoperati dal legislatore nell'ambito del d.lgs 626/94 (provvedere, assicurare) indicano chiaramente che il datore di lavoro può assolvere (e generalmente assolve) i suoi obblighi anche tramite terze persone competenti e in particolare attraverso le figure tipiche dei suoi collaboratori aziendali in materia di sicurezza e igiene del lavoro.*

**Cass. pen. 31 marzo 2005 n. 11351**

*"In materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, i dirigenti ed i preposti sono destinatari delle norme antinfortunistiche iure proprio, pur dopo che il d. lgs. n. 242 del 1996 ha abolito la distinzione operata dall'art. 4 del d. lgs. n. 626 del 1994 tra obblighi indirizzati al solo datore di lavoro ed obblighi posti congiuntamente a carico di quest'ultimo e dei dirigenti e preposti, sicché costoro sono responsabili dell'inadempimento degli obblighi di prevenzione a titolo originario, e non in via derivata nei soli casi di conferimento di apposita delega".*

*"Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, benché come mero ausiliario del datore di lavoro non sia chiamato a rispondere dell'inosservanza alle norme di prevenzione degli infortuni, può concorrere con il datore di lavoro nella responsabilità per i reati colposi di evento causati dall'omessa adozione di una doverosa misura di prevenzione, qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza, o inosservanza di leggi o discipline, abbia dato al datore di lavoro un suggerimento errato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio inducendolo a un comportamento casualmente lesivo."*

**Parere 9 - Successione nel tempo di norme extrapenali integratrici del precetto penale**

*Tizio, stipula con la Banca Alfa un contratto di mutuo oneroso, che prevede un piano di restituzione delle somme nell'arco di cinque anni.*

*Nel corso del secondo anno successivo alla conclusione del contratto, la competente Procura della Repubblica avvia delle indagini sull'attività di concessione del credito da parte della Banca Alfa, accertando, in base ad accertamenti tecnici, che il mutuo contratto da Tizio prevede un tasso di interesse usurario. Esercitata l'azione penale in danno dei soggetti responsabili, e rinviati gli stessi a giudizio, Tizio si costituisce parte civile per ottenere il risarcimento del danno.*

*Nel corso dello svolgimento del dibattimento, però, interviene il d. l. n. 70 del 2011, così come modificato dalla legge di conversione n. 106 del 2011, il quale modifica la legge speciale che individua le modalità di quantificazione del tasso di interesse usurario, rideterminandolo in misura tale che il saggio applicato a Tizio sia legittimo.*

*Caio, direttore della Banca Alfa ed imputato, domanda conseguentemente al Tribunale declaratoria di estinzione del reato ascrittogli, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, c.p.*

*Tizio allora si rivolge ad un legale, cui domanda un parere in merito all'esito della domanda di declaratoria di estinzione del reato. Il candidato, assunte le vesti del legale interessato da Tizio, rediga il parere richiesto.*

Il parere richiesto da Tizio investe la materia della successione delle leggi nel tempo, disciplinata in ambito penale dall'art. 2 c.p., con particolare riferimento alle norme extrapenali integratrici delle norme penali.

Nell'ambito del rispetto del principio di tassatività (che costituisce un corollario del principio di legalità ex art. 25 Cost.), difatti, è ammesso che le disposizioni incriminatrici siano integrate e trovino compiuta definizione grazie al richiamo ad altri elementi "esterni" alle norme stesse, purché gli stessi siano individuati o individuabili con la dovuta completezza. In tale modo, peraltro, non vengono meno né la necessaria precisione con la quale devono essere predeterminate le fattispecie di rilevanza penale -giacché la norma penale comunque descrive i propri elementi costitutivi, pur se de relato- né il rango di legge della norma penale stessa, giacché la "dignità" di legge viene conferita all'elemento richiamante dalla natura della disposizione richiamante.

L'art. 644 c.p., che disciplina il delitto di usura, individua la misura del relativo saggio (il c.d. tasso soglia) mediante il richiamo all'apposita legge speciale, che va oggi individuata nel d. l. n. 70 del 2011, così come modificato dalla legge di conversione n. 106 del 2011; tale normativa, in particolare, ha riscritto le modalità di individuazione del tasso soglia, ottenendo l'effetto, con riferimento al caso di Tizio, di rendere "a posteriori" non usurario il tasso applicatogli dalla Banca Alfa.

Nel caso concreto, Caio, direttore della Banca Alfa ed imputato di usura ai danni di Tizio, ha chiesto al Tribunale, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., di dichiarare immediatamente l'estinzione del reato per il quale si procede a suo carico, ai sensi del secondo comma dell'art. 2 c.p., in base al quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato.

Ciò posto, va considerato però che la legge speciale de qua non è intervenuta recidendo integralmente il disvalore sociale della fattispecie di usura, ma si è limitata a rimodulare le modalità di individuazione del menzionato tasso soglia; anzi, a ben vedere, la stessa è ha unicamente modificato la legge extrapenale richiamata dall'art. 2 c.p., la quale, pur entrando a far parte del precetto incriminatore, mantiene un propria autonomia.

Ne consegue che si può affermare che la modifica de qua ha semplicemente adeguato l'ambito di operatività della norma all'evolversi del contesto economico-finanziario, senza incidere sulla rilevanza della fattispecie, coerentemente, peraltro, con l'obbligo di rilevazione periodico dei tassi usurari posto già previsto dalla precedente legge speciale.

L'art. 2, secondo comma, c.p., dal proprio canto, appare invece essere stato dettato con riferimento tout court alla rilevanza penale delle fattispecie, nel senso che esso, ispirato al criterio del favor rei, mira ad evitare che un soggetto continui ad essere perseguito o punito per un fatto che i consociati hanno scelto di non ritenere più degno della extrema ratio penale.

In applicazione di tale ultima osservazione è stato affermato che l'istituto della successione delle leggi penali non riguarda la successione nel tempo delle norme extrapenali che, pur influenzando sulla punibilità o meno di determinate condotte, non implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, che resta, pertanto immutata e quindi in vigore.

In altri termini, non venendo meno la struttura essenziale del reato, ma risultando esclusivamente una variazione del contenuto del precetto, non si è nel caso di specie in presenza di una vera e propria 'abrogatio criminis', con ciò venendo meno l'applicabilità dell'istituto favorevole al reo di cui all'art. 2 c.p. (**Cass. pen., Sez. II 19 dicembre 2011, n. 46669**). Pertanto, essendosi determinata esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento, si può rendere parere alla richiesta di Tizio affermando che l'istanza ex art. 129 c.p.p. di Caio appare destinata a non trovare accoglimento.

**Cass. pen., Sez. II 19 dicembre 2011, n. 46669.**

*(dalla parte motiva) La modifica della normativa secondaria, avvenuta con d.l. n. 70/2011, poi convertito in legge, non trova applicazione retroattiva ex art. 2, comma 2, c.p., non modificandosi la norma incriminatrice, essendo il tasso soglia variabile anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo.*

**Parere breve n. 10**

*Tizio, istruttore di body building, viene sottoposto a procedimento penale per il reato previsto e punito dall'art. 9 comma 1, legge n. 376/2000, per avere, nell'aprile 2002, procurato e favorito l'assunzione da parte di un atleta di farmaci ad azione dopante (individuati come tali dall'elenco allegato in appendice alla legge n. 552/1995) in assenza di condizioni patologiche giustificative, al fine di alterare le prestazioni sportive in prossimità di una gara. Il reato in questione viene contestato in concorso con i reati di: a) ricettazione (art. 648 c.p.); b) esercizio abusivo della professione di farmacista (art. 348 c.p.); c) somministrazione di medicinali guasti e pericolosi per la salute pubblica (art. 445 c.p.); d) commercio illegali di farmaci (art. 9, comma 7 legge n. 376/00).*

*Preoccupato dei possibili sviluppi della vicenda Tizio si rivolge ad un legale. Il candidato, assunte le vesti del legale, rediga motivato parere.*

Diversi i problemi sollevati dalla traccia. Come spesso accade, pur investendo fattispecie di parte speciale, le questioni da esaminare sono in massima parte risolvibili in base ai principi di parte generale.

Una prima questione concerne la natura (dichiarativa o costitutiva) da riconoscere, anche in relazione al principio di riserva di legge, al decreto ministeriale 15 ottobre 2002 (fonte secondaria richiamata dal precetto penale), per poter valutare l'applicabilità o meno del reato di *doping* ai fatti commessi anteriormente all'emanazione dello stesso decreto (come nel caso di specie, commesso nell'aprile del 2002) e le conseguenti implicazioni circa l'effettivo rispetto del principio di riserva di legge e di tassatività.

Dopo di che, qualora la risposta sia affermativa, occorrerà affrontare il problema del concorso con gli altri reati contestati, e precisamente l'esercizio abusivo della professione di farmacista



(art. 348 c.p.), la ricettazione (art. 648 c.p.), la somministrazione di medicinali guasti e pericolosi per la salute pubblica (art. 445 c.p.) ed il commercio illegale di farmaci (art. 9, comma 7 legge n. 376 del 2000); in tal modo, si riuscirà a delineare il quadro preciso delle eventuali responsabilità penali a carico di Tizio.

Il primo punto problematico è stato oggetto di un importante arresto delle **Sezioni Unite (25 gennaio 2006, n. 3087)** ove il Collegio della Suprema Corte ha affermato che le ipotesi di reato previste dall'art. 9 della legge 14 dicembre 2000, n. 376 (recante la disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping) sono configurabili anche per i fatti commessi prima della emanazione del decreto Ministro della salute, in data 15 ottobre 2002, con il quale, in applicazione dell'art. 2 della stessa legge, sono stati ripartiti in classi i farmaci, le sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e le pratiche mediche il cui impiego è considerato doping, e ciò in quanto la ripartizione in classi demandata al decreto ministeriale non può escludere farmaci, sostanze e pratiche mediche già vietate dalla Convenzione di Strasburgo, ratificata con legge 29 novembre 1995 n. 522, e dalle Organizzazioni sportive internazionali competenti.

Tre le argomentazioni giuridiche a sostegno della tesi.

- I) L'oggettività giuridica non è diversa: in entrambi i provvedimenti normativi si tutela la salute. La Convenzione si pone la finalità "della riduzione e della successiva eliminazione del doping nello sport" (art. 1) e, nel suo preambolo, fa espresso richiamo alla consapevolezza che "lo sport deve svolgere un ruolo importante per la protezione della salute" ed alla preoccupazione indotta "dall'impiego sempre più diffuso di prodotti e di metodi di doping tra gli sportivi nell'ambiente dello sport e dalle sue conseguenze per la salute di coloro che li praticano". Essa, più avanti nel preambolo, contiene un esplicito riferimento anche al "principio del "fair play" delle manifestazioni sportive ma si preoccupa di ribadire, nello stesso contesto, l'esigenza (già più volte enunciata) di "tutela della salute di coloro che partecipano a dette manifestazioni".
- II) Il decreto non ha natura integrativa del precetto penale. L'art. 2, comma 1, della legge n. 376/2000 demanda al decreto ministeriale da esso previsto non già l'individuazione, bensì la ripartizione in classi di "farmaci, sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e pratiche mediche, il cui impiego è considerato doping a norma dell'articolo 1", anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo e delle indicazioni del Comitato internazionale olimpico (CIO) e degli organismi internazionali preposti al settore sportivo. Trattasi di disposizioni ed indicazioni che devono essere comunque rispettate e da ciò consegue che la ripartizione in classi non può escludere farmaci, sostanze e pratiche mediche vietate dalla Convenzione di Strasburgo e dalle Organizzazioni sportive internazionali competenti. La natura meramente ricognitiva del DM è confermata dai **lavori parlamentari** : Il confronto tra il testo approvato dal Senato il 21 luglio 1999 e il testo modificato dalla Camera dei deputati il 19 luglio 2000 corrobora l'interpretazione secondo la quale l'intento del legislatore è stato quello di delegare al decreto ministeriale non l'individuazione dei farmaci, sostanze, pratiche mediche costituenti doping, bensì soltanto l'approvazione delle classi in cui siffatti farmaci, sostanze e pratiche mediche sono destinati a ripartirsi, il che costituisce un minus rispetto al precedente

Sotto altro profilo, occorre fissare i rapporti tra i reati di cui all'art. 9 l. 376/00 e altri reati.

Paradigmatica in merito è ancora **Sez. un. 25 gennaio 2006, n. 3087**, ribadita anche più recentemente dallo stesso S.C., ove si considera «evidente che è astrattamente ammissibile il concorso delle condotte rispettivamente punite dall'art. 648 c.p. e dall'art. 9, 7° comma, l. 14 dicembre 2000 n. 376». In effetti, «le fattispecie sono indiscutibilmente diverse dal punto di vista strutturale e non vi è identità né omogeneità del bene giuridico protetto, poiché la ricettazione (secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti) è posta a tutela di un interesse di natura patrimoniale, mentre il reato di cui all'art. 9, 7° comma, l. 376/00 è finalizzato alla tutela della salute di coloro che partecipano alle manifestazioni sportive»; né «è generalmente ravvisabile il rapporto di specialità codificato dall'art. 15 c.p., e la commissione di uno dei reati a confronto non comporta necessariamente anche la commissione dell'altro, stante la possibilità evidente di condotte acquisitive non ricollegabili ad un delitto», visto che «la

condotta di illecito commercio può essere realizzata anche da chi, dopo essere lecitamente entrato in possesso del prodotto dopante, si induca poi a cederlo illecitamente ad altri».

Ancora le Sezioni unite considerano «esatta, nella specie, la configurazione di un rapporto di specialità tra il reato previsto dall'art. 9, 7° comma, l. 376/00 e quelli di cui agli art. 348 e 445 c.p., con conseguente corretta applicazione del più generale criterio dell'assorbimento». Questa la spiegazione: «colui che, senza essere in possesso della prescritta abilitazione professionale, 'commercia' farmaci e sostanze dopanti attraverso canali diversi da quelli specificamente indicati come leciti esercita abusivamente, attraverso la medesima condotta, la professione di farmacista e, qualora le sostanze medicinali vengano commerciate in specie, qualità o quantità non corrispondente alle ordinazioni mediche, pone in essere il medesimo comportamento sanzionato dall'art. 445 c.p.».

**Cass. pen. Sez. II, 11 marzo 2010, n. 12744**

*Il reato di commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi da farmacie e dispensari autorizzati può concorrere con il reato di ricettazione, in considerazione della diversità strutturale delle due fattispecie - potendo essere il reato previsto dalla legge speciale commesso anche con condotte acquisitive non ricollegabili a un delitto - e della non omogeneità del bene giuridico protetto, poiché la ricettazione è posta a tutela di un interesse di natura patrimoniale, mentre il reato di commercio abusivo di sostanze dopanti è finalizzato alla protezione della salute di coloro che partecipano alle manifestazioni sportive.*

**Cass. pen. Sez. II Sent., 29-03-2007, n. 21324**

*Tra l'art. 1, comma primo, ultima parte, L. n. 401 del 1989 (che prevede e punisce il reato di frode sportiva "generica"), e l'art. 9 L. n. 376 del 2000 (che prevede e punisce il reato di doping) non sussiste continuità normativa, in difetto della necessaria coincidenza strutturale, essendo diverse le condotte disciplinate (la frode sportiva "generica" è reato a forma libera, l'altra fattispecie è a forma vincolata), il bene giuridico protetto (nel primo caso, la correttezza e la lealtà dello svolgimento delle competizioni sportive disciplinate dall'art. 1 della legge n. 401 del 1989, nell'altro la lotta al doping, a tutela delle persone che praticano lo sport) e l'ambito di applicazione (la legge n. 376 del 2000 è in parte più ampia, riguardando tutte le competizioni sportive, e non soltanto quelle del CONI etc., ed in parte meno ampia, punendo esclusivamente la somministrazione, l'assunzione etc. di sostanze dopanti). Ne consegue che i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 376 del 2000, concernenti somministrazione di sostanze dopanti espressamente vietate dal D.M. 15 ottobre 2002 (che ha ripartito in classi i farmaci e le sostanze il cui impiego è considerato doping) - oggi punibili ai sensi dell'art. 9, L. n. 376 del 2000 - rimangono punibili ai sensi dell'art. 1, L. n. 401 del 1989, quale legge più favorevole; al contrario, la somministrazione di sostanze non ricomprese nell'elenco ministeriale resta punibile ai sensi dell'art. 1, comma primo, L. n. 401 del 1989, che non è stato implicitamente abrogato dalla norma sopravvenuta. (Annulla senza rinvio, App. Torino, 14 Dicembre 2005)*

**Cass. Pen., Sezioni Unite, 25 gennaio 2006 n. 3087**

*Le ipotesi di reato previste dall'art. 2 l. 14 dicembre 2000 n. 376 sono configurabili anche per i fatti commessi prima dell'emanazione del decreto del ministro della salute, in data 15 ottobre 2002, con il quale, in applicazione dell'art. 2 stessa legge sono stati ripartiti in classi i farmaci, le sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e le pratiche mediche il cui impiego è considerato doping.*

*Tra il reato di commercio di sostanze dopanti attraverso canali diversi da farmacie e dispensari autorizzati, punito dall'art. 9 comma 7 l. 14 dicembre 2000 n. 376 (disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping) e quelli di cui agli art. 348 c.p. (esercizio abusivo della professione di farmacista) e 445 c.p. (somministrazione di medicinali in totale difformità dalle indicazioni terapeutiche previste ed autorizzate) sussiste un rapporto di specialità, atteso che colui che, senza essere in possesso della prescritta abilitazione professionale, commercia farmaci e sostanze dopanti esercita abusivamente, attraverso la medesima condotta, la professione di farmacista, e, qualora le sostanze medicinali vengano commerciate in specie, qualità o quantità non corrispondenti alle ordinazioni mediche, pone in essere il medesimo comportamento sanzionato dal citato art. 445 c.p.*