Corso online Avvocatura dello Stato 2016

Lezione P-01
La personalità della responsabilità penale; le parti e gli atti del processo penale

Sommario: 1. La distinzione tra reati propri e reati comuni. **1.1.** La natura dei reati edilizi. **1.2.** La concezione formale ovvero sostanziale della qualifica soggettiva nella struttura del reato. **1.3.** Particolari figure di reati propri: la concussione, l'indebita induzione a dare o promettere utilità e l'istigazione alla corruzione. **2.** Il funzionario di fatto e l'incaricato di pubblico servizio di fatto. **3.** L'amministratore di fatto di società. **4.** Il sindaco di fatto di società di capitali. **5.** Il datore di lavoro di fatto anche alla luce del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **5.1.** Il dirigente anche alla luce del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **5.2.** Il preposto anche alla luce del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **5.3.** Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione nel D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **6.** La nozione di datore di lavoro in ambito pubblicistico nel D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **7.** La responsabilità penale negli appalti di lavori edili. **8.** La responsabilità penale nei complessi organizzati ed il problema dell'incidenza sulla responsabilità penale della ripartizione di compiti al loro interno. **9.** L'individuazione del soggetto responsabile nei complessi organizzati. **10.** L'importanza della delega di funzioni: la subdelega e i compiti non delegabili in materia antinfortunistica alla luce del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. **11.** I requisiti della delega ritenuti essenziali dalla giurisprudenza. **11.1.** Complessità della struttura organizzata. **11.2.** Forma della delega. **11.3**. Accettazione della delega, idoneità tecnica del delegato, conferimento di poteri effettivi ed autonomia di spesa. **11.4**. L'obbligo di controllo del delegante. **12**. La posizione del delegato. **13**. La posizione del delegante anche alla luce delle novità introdotte dall'art. 12 D.Lgs. 03 agosto 2009, n. 106. **14.** La delega di funzioni in ambito pubblicistico. **15.** La rilevanza della delega di funzioni nell'ambito dell'impresa giornalistica. **16.** La delega di funzioni in materia ambientale. **17.** Le parti del processo penale: in particolare, responsabile civile e parte civile. **18.** La costituzione di parte civile da e nei confronti degli enti. **19.** Gli enti rappresentativi di interessi lesi dal reato. **19.1.** I reati ambientali. **19.2.** La costituzione di parte civile delle associazioni sindacali. **20.** Gli atti del processo penale. **21.** Le nullità.

1. La distinzione tra reati propri e reati comuni.

Avendo riguardo alla figura del soggetto attivo, i reati si distinguono in reati **comuni** e reati **propri**. I primi si caratterizzano per il fatto di poter essere posti in essere da "chiunque", mentre i secondi per il fatto di poter essere realizzati soltanto da soggetti che rivestono una determinata qualifica.

Benché la differenza, sul piano definitorio, sia evidente, vi sono dei casi in cui non è agevole stabilire il carattere comune o proprio di un determinato reato. Ciò dipende dalla terminologia utilizzata dal legislatore, il quale talvolta pur utilizzando il termine chiunque, per come è strutturato il reato, intende riferirsi implicitamente solo ad una determinata categoria di soggetti. Si pensi al reato di appropriazione indebita di cui all'art. 646 c.p. che presuppone che il soggetto attivo abbia il possesso della cosa di cui si appropria.

1.1. La natura del reati edilizi.

Un settore in cui si è posto il problema della natura dei reati sotto il profilo soggettivo è quello edilizio, con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 44, co. 1, d.p.r. 380/01 (T.U. edilizia), a tenore del quale: *"1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:*
a) l'ammenda fino a 10329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;

b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5164 a 51645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;
c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15493 a 51645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso."

Per dare una risposta al quesito bisogna muovere dalla previsione del primo comma dell'art. 29 del d.p.r. 380/01 (ex art. 6 della legge 47/1985), a mente del quale *"1. Il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore sono responsabili, ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo, della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo…"*.

Dall'analisi della disposizione in questione si ricava che il T.U. dell'edilizia prevede espressamente una serie di soggetti attivi e che i relativi parametri di responsabilità sono costituiti: a) dalla *"…conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano…"* nonché b) *"…, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo…"*.

Pertanto, è possibile suddividere i soggetti attivi in due distinte categorie a seconda del contenuto del relativo "obbligo di garanzia".

Del primo gruppo, avente l'obiettivo di rendere l'opera conforme sia alla normativa di settore sia a quanto assentito nel singolo caso dalla P.A., fanno parte:

- il titolare del permesso di costruire, ossia colui al quale viene rilasciato il titolo abitativo;
- il committente, vale a dire chi conferisce l'incarico di eseguire i lavori oggetto del permesso;
- il costruttore, cioè colui il quale esegue i lavori.

Alla seconda categoria, invece, appartengono i predetti tre soggetti ed, anche il direttore dei lavori, ossia colui che coordina o dirige l'attività edile, chiamato a rispondere della sola conformità dell'opera rispetto a quanto assentito.

A fronte di una tale disposizione, ci si chiede se l'elencazione ivi contenuta sia o meno tassativa ovvero se – volendo utilizzare altra terminologia – i reati previsti dall'art. 44 cit. siano propri o comuni.

Sul punto, esistono due opposti orientamenti legati ad un diverso modo di concepire il bene giuridico protetto dalla normativa in parola.

Secondo una prima tesi – di carattere formalista, poiché ritiene che il bene protetto con tali reati sia il preventivo controllo della p.a. sullo svolgimento dell'attività edilizia – si è al cospetto di reati propri atteso che, essendo tutelato l'interesse della pubblica amministrazione a godere di una riserva in proprio favore circa il governo del territorio, soltanto chi si trova in una situazione di "contatto giuridico qualificato" potrebbe aggredire il bene in questione.

Si ritiene, inoltre, che tale interpretazione sarebbe la più conforme al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. atteso che, diversamente opinando, sarebbe alquanto difficile far gravare su "chiunque" dei veri e propri "obblighi di garanzia".

In ogni caso, l'opzione per la tesi in questione non significa riconoscere una "patente di impunità" a colui il quale (si pensi al proprietario in quanto tale) non viene menzionato dall'art. 29: costui, infatti, potrebbe ugualmente essere chiamato a rispondere a titolo concorsuale come concorrente *extraneus* nel reato proprio, purché ovviamente ricorrano tutti i presupposti di una tale forma di responsabilità concorsuale (in questo senso, Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2001, n. 13982; Cass. pen., sez. III, 12 giugno 1996, n. 7310, che ha osservato che, anche a voler ritenere il reato di cui all'art. 20 lett. a) legge 47/1985 (ora art. 44 lett. a) T.u. edilizia), nella forma di inosservanza delle norme urbanistiche e di previsione di piano, sia un reato proprio, va rilevato che costituisce principio pacifico, sia in giurisprudenza che in dottrina, la possibilità del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio (nella specie si è ritenuto che il direttore dei lavori non è, a norma dell'art. 6 legge 47/1985, tenuto al controllo della conformità dell'opera alle prescrizioni urbanistiche, ma ben può concorrere (al pari di altri soggetti) nella relativa violazione allorché alla realizzazione di questa abbia dato un contributo

causalmente efficiente, il che si verifica inevitabilmente nell'ipotesi di concessione edilizia macroscopicamente illegittima).

Diametralmente opposte, invece, le conclusioni cui giunge la seconda tesi – di tipo sostanzialista – a mente della quale, stante l'interesse a garantire un ordinato, corretto ed equilibrato sviluppo del territorio, i reati in questione vanno considerati comuni potendo essere realizzati da chiunque.

A sostegno di tale conclusione si considera il fatto che l'art. 44 del d.p.r. 380/01 è formulato "impersonalmente". Con riguardo a tale osservazione, tuttavia, si potrebbe obiettare che la norma non usa il classico "chiunque", tipico dei reati comuni, ma si limita ad operare un rinvio implicito all'art. 29.

L'opzione per l'una o l'altra scuola di pensiero appare spesso dettata da esigenze di politica criminale. In realtà, come già sottolineato, optare in un senso ovvero nell'altro non comporta grandi conseguenze di sorta, atteso che in entrambi i casi sarà possibile chiamare ugualmente a rispondere il soggetto non presente nell'elenco di cui all'art. 29 cit. per condotte di rilievo penale.

L'unica differenza sarà costituita dal titolo di tale responsabilità:

- ritenendo che i reati edilizi siano propri, sarà possibile ricorrere all'istituto del concorso di persone nel reato e, segnatamente, alla figura del concorrente *extraneus* nel reato proprio;
- applicando, invece, le coordinate dei reati comuni, il soggetto potrà essere chiamato a rispondere autonomamente.

1.2. La concezione formale ovvero sostanziale della qualifica soggettiva nella struttura del reato

Tradizionalmente, nell'ambito della categoria dei reati propri si distingue tra

a) reati *propri ed esclusivi*, i quali possono essere commessi soltanto dal soggetto che riveste la qualifica soggettiva, mentre se il medesimo fatto è commesso da chi tale qualifica non riveste è penalmente lecito (si pensi, all'incesto o all'evasione). Rispetto a tali reati propri è la qualifica del soggetto attivo che determina l'offensività del fatto ed eleva a reato un fatto altrimenti inoffensivo. Si tratta di reati detti anche di mano propria, poiché per la loro stessa natura non possono essere commessi per interposta persona.

b) reati *propri semiesclusivi* che si caratterizzano per il fatto che l'assenza della qualifica soggettiva in capo al soggetto attivo comporta solo un mutamento del titolo di reato (si pensi alla condotta appropriativa del peculato che se commessa da cittadino comune, e non dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, integra il reato di appropriazione indebita). Rispetto a questi reati propri la qualifica soggettiva pur non determinando l'offensività del fatto, ne determina l'offensività specifica, cioè riguardo ad un determinato bene giuridico. Tali reati propri possono, dunque, essere commessi anche per mano altrui, cioè eseguiti materialmente dall'*extraneus*.

c) reati *propri ma non esclusivi*, costituiti da fatti che, senza la qualifica soggettiva, costituirebbero pur sempre un illecito extrapenale o sarebbero comunque offensivi di altrui interessi (si pensi ai fatti pregiudizievoli ai creditori che diventano reati di bancarotta se commessi dall'imprenditore, ma che comunque lederebbero gli interessi dei creditori se posti in essere dal debitore non imprenditore). In questo caso la qualifica non determina l'offensività del fatto, ma circoscrive soltanto la punibilità a determinati soggetti.

In questa sede si intende soffermare l'attenzione sul concetto di qualifica soggettiva rilevante per attribuire ad un determinato soggetto il ruolo di soggetto attivo del reato proprio. In argomento si registrano due teorie: la teoria cd. formale e quella cd. funzionale.

Secondo **un'accezione rigorosamente formale**, soggetto attivo del reato proprio è solo colui che riveste la qualifica soggettiva indicata dalla legge. Stando invece ad **un'accezione cd. funzionale**, le condizioni soggettive consistono nell'esercizio delle funzioni corrispondenti alla qualifica medesima a prescindere dalla sussistenza di una valida investitura.

Sul piano squisitamente applicativo il problema del modo di intendere la qualifica soggettiva si è posto principalmente riguardo alle qualifiche inerenti a cariche istituzionali nell'ambito di complessi organizzati (come, ad esempio, società, imprese o pubbliche amministrazioni). **La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno accolto la teoria cd. funzionale, prescindendo dunque dalla verifica della sussistenza di un atto di**

investitura per attribuire a determinati soggetti la qualifica prevista dalla norma incriminatrice. Si tratta di una soluzione condivisibile poiché evita la creazione di zone franche legate al fatto meramente occasionale della sussistenza di un atto di nomina o di un valido atto di nomina, soprattutto se si considera che normalmente i reati propri ma non esclusivi prevedono una sanzione più grave rispetto al corrispondente reato comune (si vedano, ad esempio, la sanzione prevista per il reato proprio di peculato e quella prevista per il corrispondente reato comune, cioè l'appropriazione indebita), mentre rispetto a quelli esclusivi addirittura andrebbe esclusa la responsabilità. Va inoltre sottolineato che il *favor* verso l'accezione cd. funzionale della qualifica soggettiva deriva dal fatto che rispetto a talune categorie di reato, in cui acquista rilevanza la posizione dell'individuo all'interno di un complesso organizzato, il legislatore l'ha fatta propria (si veda il nuovo testo dell'art. 2639 c.c. e l'art. 5, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 231/2001).

Nei paragrafi che seguono si soffermerà l'attenzione sui reati propri rispetto ai quali si è posto il problema della responsabilità penale di soggetti non formalmente investiti della relativa qualifica.

1.3. Particolari figure di reati propri: la concussione, l'indebita induzione a dare o promettere utilità e l'istigazione alla corruzione.

Fra i delitti propri assumono generalmente posizione di primo piano quelli dei pubblici ufficiali, disciplinati nel codice penale dagli artt. 314 e seguenti. Si tratta di una tipologia di illeciti dalla frequente applicazione e posta a tutela di un bene (il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione) la cui tutela si è fatta negli ultimi sempre più importante e centrale nel panorama dell'ordinamento.

In quest'ottica, nel 2012, il Legislatore è intervenuto su tali norme mediante la c.d. legge anticorruzione (l. 06.11.2012 n. 190) che per un verso ha inasprito alcune sanzioni e per altro ha riorganizzato molte delle principali figure criminose de quibus.

In particolare, la novella ha inciso sul delitto di concussione, la cui originaria previsione incriminatrice ("*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della propria qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni*") è oggi scissa fra l'attuale formulazione dell'art. 317 c.p. ("*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni*") e l'art. 319 quater c.p. ("*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.*"), che ha introdotto nell'ordinamento la nuova figura dell'indebita induzione a dare o promettere utilità.

Volendo entrare maggiormente nel dettaglio, si può osservare che difformemente dal passato, oggi la concussione vede la propria condotta tipica ristretta al solo abuso costrittivo e prevede la punizione del solo pubblico ufficiale; la condotta induttiva, invece, connota la figura di cui all'art. 319 quater c.p., reato plurisoggettivo che prevede la punibilità anche del privato indotto.

È allora dirimente tracciare una linea di confine certa fra le due condotte, onde essere in grado di applicare con certezza una norma o all'altra.

In proposito, la giurisprudenza (cfr. Cass., SS. UU., 24 ottobre 2013 n. 12228, dep. 14 marzo 2014), ha precisato che la costrizione evoca una condotta di violenza o di minaccia. Quest'ultima, in particolare, ingenera ab extrinseco il timore di un male contra ius, per scongiurare il quale il destinatario finisce con l'aderire alla richiesta dell'indebita dazione o promessa. La minaccia, conseguentemente, assume nozione tendenzialmente unitaria all'interno dell'intero ordinamento giuridico, quale aggressione alla persona mediante lesione del suo interesse all'integrità psichica e alla libertà di autodeterminazione.

Differentemente, il concetto di induzione, cui attinge l'art. 319 quater c.p., è più sfumato ed incerto, poichè descrive non solo comportamenti profondamente diversi tra loro (a differenza

della minaccia, che si è visto avere nozione unitaria), non sempre adeguatamente specificati, ma anche il risultato dei medesimi comportamenti.

Un primo indizio per meglio definire tale concetto, sempre secondo la giurisprudenza, è dato dalla clausola di salvezza che apre l'art. 319 quater c.p., sintomo che si tratta di una disposizione da collocare in una posizione di minor disvalore rispetto alle figure più gravi fra cui, senz'ombra di dubbio, deve ritenersi compresa la concussione. Se così è, allora la condotta induttiva si connota quale azione che incide sulla libera autodeterminazione del soggetto passivo, senza però ottenere il medesimo grado di incidenza della costrizione (e diversamente non potrebbe essere, poichè altrimenti non si spiegherebbe in cosa la concussione sia più grave dell'indebita induzione).

Ulteriore -e decisivo- indizio rivelatore in tal senso è ricavabile dalla punibilità dell'indotto prevista dalla norma. Essa, difatti, è il sintomo della sussistenza di un certo grado di determinazione punibile del privato, che, sia pur condizionato dall'azione del pubblico ufficiale, rimane comunque titolare di una certa "porzione" di libertà nello scegliere come comportarsi, che spende per aderire a quanto richiestogli dal p.u., nella prospettiva di un tornaconto personale.

Dal versante della concussione, pertanto, si individua una condotta minacciosa; da quello dell'induzione, invece, vi possono essere varie possibili azioni, come la persuasione, la suggestione, l'allusione, il silenzio, l'inganno.

Così ricostruito il rapporto fra le norme, pertanto, si può affermare che l'induzione indebita si collochi in una posizione intermedia fra la concussione, in cui la volontà del p.u. prevarica del tutto quella del privato, e la corruzione, in cui i due soggetti sono su di un piano di parità, al punto da concludere un -illecito- accordo.

Per completare l'individuazione a tuttotondo dell'art. 319 quater c.p., infine, occorre tracciarne la linea di separazione rispetto all'istigazione alla corruzione ex art. 322, quarto comma, c.p.

A tal proposito, nella sentenza summenzionata gli ermellini hanno osservato che sotto il profilo linguistico, il concetto di "induzione" presuppone un quid pluris rispetto a quello di "sollecitazione" di cui all'art. 322, commi terzo e quarto, c.p. e deve essere colto nel carattere perentorio ed ultimativo della richiesta e nella natura reiterata ed insistente della medesima. Sul piano strutturale, la condotta induttiva, diversamente dalla sollecitazione, deve coniugarsi dinamicamente con l'abuso, sì da esercitare sull'extraneus una pressione superiore rispetto a quella conseguente alla mera sollecitazione. Rimane integrata quest'ultima, invece, nell'ipotesi in cui il pubblico agente propone al privato un semplice scambio di favori, senza fare ricorso ad alcun tipo di prevaricazione, sicché il rapporto tra i due soggetti si colloca in una dimensione paritetica.

2. Il funzionario di fatto e l'incaricato di pubblico servizio di fatto.

In armonia con l'accezione cd. funzionale della qualifica soggettiva, nonché con la concezione oggettiva di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio di cui rispettivamente agli artt. 357 e 358 c.p., come novellati dalla legge n. 86 del 1990, la giurisprudenza costante ritiene che le predette qualifiche non richiedono un'investitura formale o duratura, rilevando solo in concreto lo svolgimento di fatto di pubbliche funzioni o di un pubblico servizio. Pertanto, **le qualifiche in questione possono essere attribuite anche al cd. funzionario o esercente un pubblico servizio di fatto**, cioè a colui che svolge pubbliche funzioni o un pubblico servizio con il beneplacito esplicito o implicito dell'amministrazione, a prescindere da un rapporto di stabile dipendenza con essa, salvo il caso di usurpazione di funzioni (cfr. art. 347 c.p.).

Tale principio è stato di recente ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza del 21.1.2005, n. 12175, per cui la qualifica di pubblico ufficiale non viene meno, per un soggetto chiamato a svolgere le relative funzioni, quando sussistano irregolarità nel procedimento o nell'atto di conferimento dell'ufficio, dato che in proposito assume rilievo il mero esercizio dei poteri autoritativi con il consenso dell'amministrazione interessata: Questa pronuncia distingue tre ipotesi: quella delle irregolarità nell'investitura non (ancora) annullata in sede giurisdizionale o amministrativa, quella del cosiddetto "funzionario di fatto", che ricorre quando nonostante l'investitura sia stata oggetto di una declaratoria di invalidità, il soggetto svolge comunque pubbliche funzioni per conto dell'amministrazione ed infine quella dell'"esercizio di

fatto" di pubbliche funzioni. In tutte e tre le ipotesi, secondo la Corte, sussiste la validità degli atti compiuti e la qualifica soggettiva dell'agente è pur sempre quella di pubblico ufficiale, atteso che l'art. 357 c.p. richiede, ai fini della sussistenza della relativa qualità, l'oggettivo esercizio delle pubbliche funzioni, indipendentemente da una regolare investitura. Si tratta di un principio di diritto già espresso dalle Sezioni Unite, secondo cui la qualifica di pubblico ufficiale deve essere riconosciuta a quei soggetti che, pubblici dipendenti o "semplici privati", quale che sia la loro posizione soggettiva, possono e debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione oppure esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, disgiuntamente e non cumulativamente considerati (Sez. un., 27 marzo 1992, Delogu, rv. 191171).

Negli stessi termini si è espressa la Cassazione di recente con riferimento all'incaricato di un pubblico servizio, nel senso che anche l'esercizio di fatto di un pubblico servizio vale ad attribuire la relativa qualifica al soggetto agente, quando il servizio sia effettivamente esercitato con il beneplacito della pubblica amministrazione sulla base di una investitura, sia pure di fatto, lecita e non abusiva (Cass. 6 aprile 2004, De Gregorio; Cass. 11 ottobre 1994, Bucci).

3. L'amministratore di fatto di società.

Nella realtà imprenditoriale esistono società che, per varie ragioni, hanno un amministratore cd. di diritto, destinatario cioè di un regolare atto di nomina, che però è un mero prestanome, visto che l'attività di gestione degli affari societari è rimessa in mano ad un altro soggetto, l'amministratore cd. di fatto. Ferma restando la responsabilità dell'amministratore cd. di diritto per i reati commessi nell'esercizio dell'attività di gestione da parte degli altri amministratori, tra cui quello cd. di fatto, ci si deve domandare entro che limiti risponde l'amministratore cd. di fatto per i reati propri degli amministratori (si pensi ai reati societari di cui agli artt. 2621 ss. c.c. o ai reati di bancarotta c.d. impropria di cui all'art. 223 l. fall.).

In tesi generale, **l'amministratore di fatto di una società di capitali è colui che, senza un'investitura formale, si ingerisce nella gestione della società, esercitando in modo continuativo funzioni gestorie riservate dalla legge agli amministratori di diritto, con il loro consenso espresso o tacito e comunque senza alcuna opposizione da parte loro**. Le situazioni in cui può configurarsi una tale fattispecie sono quelle in cui la nomina sia irregolare perché nulla o annullabile oppure perché ricorre una causa di ineleggibilità o perché l'amministratore pur revocato, scaduto dalla carica, dichiarato fallito o condannato a pena che comporti l'interdizione, continui di fatto ad amministrare la società. Peraltro, la giurisprudenza penale ormai da tempo riconosce in capo al soggetto che di fatto amministra la società la qualifica di amministratore, prevista dalla norma incriminatrice che di volta in volta viene in rilievo, senza richiedere l'esistenza di un'investitura, ancorché invalida, tacita o implicita ma ritiene sufficiente, come detto in precedenza, il mero esercizio continuativo delle funzioni proprie degli amministratori, pur in assenza di un simulacro di atto di nomina (cfr., tra le altre, Cass. n. 9222/1998; anche in ambito civilistico, ai fini della natura della responsabilità, cioè se qualificarla come contrattuale ovvero extracontrattuale, la giurisprudenza è ormai in questo senso, dopo aver seguito un percorso evolutivo più controverso che è però giunto a riconoscere in base alla teoria del cd. contatto sociale la responsabilità contrattuale del soggetto che, pur in assenza di qualsivoglia atto di investitura, svolga in via di mero fatto l'attività di amministratore, si veda per tutte Cass. n. 1925/1999).

La responsabilità penale dell'amministratore di fatto per reati propri dell'amministratore di diritto, poggia **sulla teoria cd. funzionale** che prescinde, in linea generale, dalla verifica della sussistenza di un atto di investitura per attribuire a determinati soggetti la qualifica prevista dalla norma incriminatrice. Si tratta di una teoria, ormai invalsa in dottrina e giurisprudenza, che evita la creazione di zone franche legate al fatto meramente occasionale della sussistenza di un atto di nomina o di un valido atto di nomina, soprattutto se si considera che normalmente i reati propri ma non esclusivi prevedono una sanzione più grave rispetto al corrispondente reato comune (si vedano, ad esempio, la sanzione prevista per il reato proprio di peculato e quella prevista per il corrispondente reato comune, cioè l'appropriazione indebita), mentre rispetto a quelli esclusivi addirittura andrebbe esclusa la responsabilità (in

argomento, si rinvia a CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA*, Manuale di diritto penale, parte generale,* Dike Giuridica, 2015, parte II, cap. 1, § 1).

Il reato rispetto al quale più frequentemente la Suprema Corte ha affermato la responsabilità per il reato proprio dell'amministratore cd. di fatto è quello di bancarotta fraudolenta c.d. impropria di cui all'art. 223 del r.d. n. 267/1942. Invero, secondo la Corte quando l'art. 223 indica i soggetti che possono commettere bancarotta fraudolenta, in caso di fallimento di società di capitali, si riferisce non all'aspetto formale di investitura alla qualifica di amministratore (o direttore generale, sindaco, ecc.) bensì alle mansioni concrete inerenti a tale qualifica, poiché la ratio della legge deriva dall'obbligo di lealtà e correttezza nell'espletamento di quelle mansioni, sicché sarebbe irrazionale, in relazione all'interesse tutelato, escludere da quell'obbligo chi eserciti di fatto le funzioni di amministratore, nella piena convivenza degli organi societari, pur senza esserne formalmente investito (cfr. Cass. n. 7044/2009; n. 21535/2002; Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2012, n. 20678, in tema di reato di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte dirette o IVA ex art. 5 del D.lgs. n. 74/00). Pertanto, l'amministratore cd. di fatto risponde del reato fallimentare non già come *extraneus,* ma come *intraneus,* cioè diretto destinatario della norma, la cui responsabilità prescinde da quella del soggetto qualificato (cfr. Cass. pen., sez III, 29 agosto 2012, n. 33385; Cass., sez. V, 3.11.2011 n. 39593; Cass., sez. V, 13.4.2011 nn. 15061, 15062 e 15065; Cass., sez. V, 11.11.2009, n. 43036).

Come detto, è necessario che l'attività venga esercitata con continuità. In tal senso si è infatti affermato che, in assenza di una deliberazione regolare di nomina, amministratore di fatto non possa essere ritenuto *sic et simpliciter* colui che si ingerisca comunque, genericamente o *una tantum*, nell'attività sociale, ma solo chi eserciti in concreto e con un minimo di continuità le funzioni proprie degli amministratori o una di esse, coordinata con le altre. A tal proposito si è sottolineato che, tra dette funzioni deve considerarsi in primo luogo il controllo della gestione della società sotto il profilo contabile ed amministrativo. A questa va poi aggiunta la stessa gestione con riferimento sia all'organizzazione interna che alla attività esterna costituente l'oggetto della società, e in particolare, con riferimento ad entrambe, la formulazione di programmi, la selezione delle scelte e la emanazione delle necessarie direttive. Con riguardo all'organizzazione interna non deve poi prescindersi dai necessari poteri deliberativi i cui effetti si riflettono sull'attività esterna, mentre nell'ambito di quest'ultima deve tenersi conto delle funzioni di rappresentanza (cfr. Cass. n. 1154/1991, fattispecie in tema di bancarotta fraudolenta).

Tale principio è stato ribadito dalla Cassazione anche in tema di reati tributari (artt. 2 ss. d.lgs. 74/2000; tra le altre, Cass., Sez. III, 12 marzo 2015, n. 10498). Inoltre, lo stesso principio si riscontra anche in materia di sanzioni amministrative tributarie: il d.lgs. n. 472/1997, all'art. 11, parifica il legale rappresentante all'amministratore di fatto sancendo formalmente la diretta responsabilità per le sanzioni anche degli amministratori di fatto.

L'orientamento giurisprudenziale fin qui esaminato è stato oggetto di critica in dottrina poiché in ambito penale l'assenza di clausole di equiparazione tra amministratore di diritto e amministratore di fatto, presenti in altri ordinamenti, implica un concreto rischio di *deficit* di tassatività della fattispecie, mancano sicuri concetti normativi sulla base dei quali delineare la figura dell'amministratore di fatto. Tale critica risulta tuttavia superata dal **nuovo testo dell'art. 2639 c.c.** (introdotto con il d.lgs. n. 6/2003), rubricato estensione delle qualifiche soggettive, a tenore del quale: *<<Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione>>*. Questa norma soddisfa invero l'invocata esigenza di certezza, colmando il vuoto di tassatività, essendo necessario accertare in modo rigoroso la sussistenza della continuità (cioè l'intensità dell'attività gestoria) e della significatività (cioè il tipo di funzioni svolte). Il Supremo Collegio ha puntualizzato che tali concetti non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale (cfr. Cass. n. 43388/2005).

L'amministratore di fatto, in base alla disciplina dettata dal novellato art. 2639 c.c., è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore di diritto. Ne deriva che, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli assume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40 co. 2 c.p. (Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2008, n. 7203, fattispecie in tema di bancarotta per distrazione).

Perché possa venire in rilievo un amministratore di fatto occorre, peraltro, quale requisito implicito, l'estraneità alla gestione del soggetto di diritto. Tale connotato può desumersi dalla previsione normativa dell'esercizio in via continuativa e significativa dei poteri inerenti alla qualifica o alla funzione, che all'evidenza esclude una gestione articolata e ripartita tra amministratore di fatto e amministratore di diritto (l'assunto è fatto proprio da una sentenza di legittimità che, seppur intervenuta prima della novella, chiarisce che *"se il rappresentante legale esplica funzioni gestionali non è configurabile l'amministratore di fatto, pur potendosi avere gestione di fatto in relazione a singole attività; in questi casi, però, il gestore risponde soltanto per gli atti da lui posti in essere, ma non gli si può ascrivere di non aver compiuto atti spettanti all'amministratore di diritto nei quali egli non aveva l'obbligo di ingerirsi e non si è ingerito";* così Cass. pen., 16 novembre 1994). In tale ultima evenienza è, al più, configurabile un concorso dell'*extraneus* nel reato commesso dal soggetto titolare della qualifica richiesta.

Per quanto riguarda il **criterio di significatività**, esso impone che le funzioni esercitate siano effettivamente riconducibili a quelle svolte in via istituzionale dal soggetto munito di rituale investitura. Le mansioni svolte in via di fatto devono essere perfettamente speculari a quelle svolte da un attore della vita societaria, non essendo sufficiente ad integrare l'equiparazione normativa lo svolgimento di mere competenze accessorie o, comunque, di secondaria importanza. È, inoltre, necessario che le mansioni espletate siano espressione di autonomia gestionale, sussistente in capo all'autore di fatto, cosa che non si riscontrerà certo nell'ipotesi in cui il soggetto si limiti ad eseguire quanto stabilito da altri (peraltro, Cass. pen., Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 5063, ha affermato che affinché l'amministratore di fatto di una società possa essere ritenuto responsabile del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, occorre che abbia posto in essere atti tipici di gestione, offrendo così un contributo obiettivo alle decisioni adottate da chi è formalmente investito della qualifica di amministratore, nella consapevolezza delle implicazioni della condotta tipica del soggetto qualificato; Cass. 8 gennaio 2013, n. 733, precisa che le attività non devono essere limitate a compiti esecutivi, ma devono riguardare la gestione dell'attività commerciale).

Il **criterio della continuità** comporta che l'esercizio di fatto debba consistere in una ingerenza sistematica nella gestione aziendale, con conseguente irrilevanza dell'operato di chi, in via occasionale, ponga in essere isolati atti pure riferibili alle competenze gestionali o di controllo (cfr. Cass. 26 giugno 2013 n. 27993, ha pacificamente ritenuto amministratore di fatto colui che ha l'esercizio del controllo e della gestione di un folto gruppo di imprese e di società commerciali, nonché la costante e preponderante presenza come l'unico titolare di tutti i poteri di controllo, verifica, direzione, programmazione ed indirizzo strategico, oltre che dell'autonomia decisionale e della rappresentanza verso i terzi).

La puntuale nozione legislativa di amministratore c.d. di fatto non determina tuttavia il rischio che vi siano vuoti di tutela, poiché comunque il soggetto che di fatto si sia ingerito nella gestione dell'attività sociale, qualora non presenti i caratteri definitori richiesti dall'art. 2639 c.c., potrebbe rispondere, come appena visto, quale concorrente *extraneus* nel reato proprio (si veda a tale ultimo proposito Cass. n. 580/1996, per cui l'amministratore di fatto può rispondere del reato di cui agli artt. 223 e 216 l.fall. sia quale *extraneus* in concorso con gli organi legali della società (che rispondono quantomeno a titolo omissivo), sia autonomamente quale destinatario della norma incriminatrice, se egli si è ingerito continuativamente nella gestione).

Inoltre, non si può ritenere che tale disposizione prevede l'estensione delle qualifiche soggettive solo per i reati societari e non anche per altre tipologie di reati, poiché, come condivisibilmente sostenuto dal Supremo Collegio, l'art. 2639 c.c. pur dettato in tema di reati societari è suscettibile di estensione anche ad altre fattispecie penali per il suo portato essenzialmente interpretativo derivato dagli indirizzi dettati dal diritto vivente (cfr. Cass. n. 19145/2006 che, in tema di banacarotta fraudolenta, si sofferma sul concetto di significatività; Cass. n. 43388/2005, per cui *<<la nozione di amministratore di fatto, introdotta dal art. 2639*

cod. civ. postula l'esercizio in modo continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica od alla funzione; nondimeno, "significatività" e "continuità" non comportano necessariamente l'esercizio di "tutti" i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale. L'accertamento degli elementi sintomatici di tale gestione o cogestione societaria costituisce oggetto di apprezzamento di fatto che è insindacabile in sede di legittimità, se sostenuto da motivazione congrua e logica>>; nella specie la Corte ha ritenuto congruamente motivata la sentenza di merito, nella quale la qualità di amministratore di fatto veniva desunta da alcune lettere dall'imputato firmate come amministratore della società e da alcuni assegni dall'imputato incassati in tale qualità).

4. Il sindaco di fatto di società di capitali.

Quanto esposto con riferimento alla figura dell'amministratore cd. di fatto, vale anche con riguardo al sindaco cd. di fatto, ossia al soggetto che, pur non investito della qualifica, di fatto si ingerisca nell'attività tipica dei sindaci in modo continuativo e significativo (cfr. Cass. 21535/2002). Al riguardo, va sottolineato che l'art. 2639 c.c. prevede l'estensione soggettiva anche rispetto a chi sostanzialmente opera come sindaco, atteso che tale norma rinvia ai reati societari contemplati nel codice civile che prevedono come soggetti attivi, tra gli altri, anche i sindaci.

Tuttavia, va segnalato che la Suprema Corte con la sentenza del 10.11.2005, n. 40815, ha escluso la responsabilità del sindaco supplente che abbia occasionalmente partecipato alle riunioni del collegio sindacale sottoscrivendone i verbali, poiché, dalla disciplina positiva (segnatamente dagli artt. 2397, co. 1, 2401, 2404 c.c.) si desume che il dovere di vigilanza è imposto ai soli membri effettivi, incombendo sui supplenti soltanto nei casi in cui, nelle ipotesi tassativamente previste, siano subentrati ai primi. Dunque, al di fuori delle ipotesi previste analiticamente dalla legge non sorge la posizione di garanzia del sindaco supplente, il quale può condividere le responsabilità del collegio solo qualora ricorrano i presupposti per l'esercizio dell'attività di supplente.

5. Il datore di lavoro di fatto anche alla luce del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

La nozione di datore di lavoro in ambito penalistico *rileva ai fini dell'individuazione del soggetto attivo dei reati previsti per l'omessa collocazione di misure antinfortunistiche di cui alla normativa speciale.* Segnatamente, la legislazione di settore prescrive le cautele che devono essere adottate per l'esercizio delle attività lavorative pericolose e prevede determinati reati, per lo più contravvenzioni, nel caso di omessa adozione della cautela richiesta (si veda, ad esempio, il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81; si vedano, altresì, i delitti di cui all'art. 437 e 451 c.p.).

Il datore di lavoro ovviamente *non risponde soltanto del reato previsto per l'omessa predisposizione della misura di salvaguardia prescritta, ma anche dell'infortunio (lesioni colpose aggravate ex art. 590, comma 3, c.p.) o del decesso (omicidio colposo aggravato ex art. 589, comma 2, c.p.) occorso al lavoratore quale conseguenza di quella omissione, secondo il meccanismo di cui all'art. 40, comma 2, c.p.* Egli, infatti, è titolare di una posizione di garanzia rispetto all'incolumità psichica e fisica del lavoratore riveniente dal complesso di norme che disciplinano la materia antinfortunistica (sia quelle di settore, che quella generale di cui all'art. 2087 c.c.) e dal ruolo che egli ricopre all'interno dell'impresa, di cui è posto al vertice, avendo poteri di gestione e di spesa (Cass. 28.1.2009, n. 4123).

Va osservato che anche in tale ambito la giurisprudenza, ormai da tempo, accoglie la tesi c.d. funzionale della qualifica del soggetto attivo del reato, ritenendo che chiunque, in qualsiasi modo, abbia assunto posizione di preminenza rispetto ad altri lavoratori, così da poter loro impartire ordini, istruzioni o direttive sul lavoro da eseguire deve considerarsi automaticamente tenuto ad attuare le prescritte misure di sicurezza ed a disporre ed esigere che esse siano rispettate, a nulla rilevando che vi siano altri soggetti (ad esempio, i dirigenti) contemporaneamente gravati dallo stesso obbligo per un diverso ed autonomo titolo. Dunque, va considerato datore di lavoro non solo, secondo *l'accezione civilistica* (art. 2082 c.c.), colui che ha stipulato il contratto di lavoro con il lavoratore, ma anche chi *nel settore di competenza impartisce con continuità ordini e istruzioni eseguiti dai lavoratori*, assumendo di fatto una

posizione di vertice (tra le meno recenti, Cass., Sez. IV, 1.10.1985, n. 2445; Cass., Sez. IV, 14.5.1984, n. 11043).

La nozione di datore di lavoro, rilevante in ambito penalisitico, elaborata dalla giurisprudenza è stata sostanzialmente ripresa dapprima nell'abrogato art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 626/1994, che recava norme generali per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, e poi nei vigenti artt. 2, comma 1, lett. b), e 299 del d.lgs. n. 81/2008, anch'esso recante norme generali per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, che contengono una nozione di datore di lavoro sostanzialmente identica a quella di cui al precedente art. 2, comma 1, lett. b), abrogato. Il nuovo articolo 2, comma 1, lett. b) descrive il datore di lavoro come "Il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa". In considerazione dell'identità definitoria tra la norma precedente e quella di nuovo conio può richiamarsi la dottrina che, nel vigore della norma abrogata, aveva evidenziato che la stessa conteneva tre definizioni di datore di lavoro: quella di *datore di lavoro in senso civilistico*, quella di *datore di lavoro delegato* (al riguardo, va evidenziato che l'art. 1, comma 4-*ter*, del medesimo d.lgs. prevedeva gli adempimenti che il datore di lavoro non può delegare) e quella di *datore di lavoro di fatto*, ricavabile dall'avverbio "comunque", rispetto alla quale si pone l'accento sulla necessaria sussistenza di un *potere di spesa* per poter dotare il settore di competenza degli strumenti tecnici di difesa dell'incolumità dei lavoratori. Peraltro, oggi il riferimento alla nozione di datore di lavoro di fatto è desumibile pure e più direttamente dalla previsione di cui all'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008, a mente del quale "Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) (datore di lavoro), d) (dirigente) ed e) (preposto), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti".

La riconducibilità di un soggetto, che opera all'interno della struttura organizzativa, ad una delle tre definizioni di datore di lavoro prospettate, fa sorgere in capo allo stesso la qualifica di soggetto attivo dei reati di cui si è detto in precedenza.

La posizione di garanzia del datore di lavoro, è assai articolata e comprende l'istruzione dei lavoratori sui rischi connessi alle attività lavorative svolte, la necessità di valutare i rischi (si pensi al documento di valutazione rischi DVR art. 29 d.lgs. n. 81/2008) e di elaborare tutte le opportune misure di sicurezza, la effettiva predisposizione di queste, il controllo, continuo ed effettivo (sino alla pedanteria), circa la concreta osservanza delle misure predisposte per evitare che esse vengano trascurate o disapplicate, il controllo sul corretto utilizzo, in termini di sicurezza, degli strumenti di lavoro e sul processo stesso di lavorazione (Cass. 17.5.2012, n. 34747; Cass. 26.9.2011, n. 34723, in applicazione di tale principio, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente la responsabilità dell'amministratore delegato di una società e del responsabile del cantiere per il reato di lesioni colpose di un operaio che, effettuando lavori di riparazione della conduttura del gas, in mancanza di corretta canalizzazione del traffico e di opportuna segnalazione del cantiere, veniva investito da un'auto).

Naturalmente, tale posizione di garanzia è strettamente collegata al contegno tenuto dal lavoratore infortunato, che sé è del tutto imprevedibile ed abnorme esonera il datore da responsabilità qualora egli abbi esercitato comunque un controllo diligente (v. Lezione sul nesso di causalità; Cass. 13.6.2012, n. 9661 per cui va esclusa la responsabilità colposa del datore di lavoro quando il lavoratore preposto ad una determinata operazione sia un soggetto di indubbia professionalità e con specifiche conoscenze dei sistemi di sicurezza, sì da non rendersi necessaria una sorveglianza assidua da parte del datore di lavoro o di altri dipendenti ed il primo tenga un comportamento che presenti i caratteri della abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, necessariamente riferiti al procedimento lavorativo "tipico" e alla direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell'evento).

Dalla nozione legislativa di datore di lavoro si evince, inoltre, che in caso di *pluralità di unità produttive*, si avranno tanti datori di lavoro titolari di posizioni di garanzia quante sono le unità produttive e ciascuno di loro sarà autonomamente destinatario delle prescrizioni previste dalla legge (ad esempio, ci vorranno tanti documenti di valutazione del rischio quante sono le unità produttive, definite dall'art. 2, comma 1, lett. t), del d.lgs. in questione, per cui è tale lo stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale).