

LA DELEGA DI FUNZIONI IN MATERIA DI SICUREZZA DEL LAVORO ALLA LUCE DEL D.LGS. N. 81/2008 E DEL DECRETO 'CORRETTIVO' (WORKING PAPER) (*)

Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante

di Vincenzo Mongillo

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento legislativo dell'istituto ad opera del d.lgs. n. 81/2008, le modifiche apportate nel 2009 e i recenti rilievi della Commissione europea – 2. Una preliminare distinzione concettuale: atto di investitura in ruoli funzionali e delega di funzioni. – 3. I titolari del potere di delega *ex art.* 16 d.lgs. n. 81/2008. La questione della subdelega. – 4. I destinatari della delega. – 5. Il principio di generale delegabilità delle funzioni datoriali (art. 16, comma 1) e gli obblighi intrasferibili in via d'eccezione (art. 17). – 5.1. Criticità del divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi. – 6. (Segue) Le funzioni delegabili. – 7. Le specifiche condizioni di ammissibilità della delega di funzioni. – 7.1. I requisiti di carattere formale: conferimento ed accettazione per iscritto (lett. *a*) ed *e*). – 7.1.1. (Segue) La «data certa». – 7.2. I requisiti di carattere materiale: professionalità ed esperienza del delegato (art. 16, lett. *b*). – 7.3. (Segue) Il conferimento di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo (lett. *c*) e dell'autonomia di spesa (lett. *d*). – 8. La pubblicità della delega (comma 2). – 9. Tassatività dei requisiti legali di validità della delega. L'irrilevanza delle dimensioni dell'impresa. – 10. Gli effetti della delega di funzioni secondo il d.lgs. n. 81/2008. Il recepimento dell'indirizzo dottrinale 'intermedio'. – 10.1. Natura giuridica del residuo dovere di vigilanza del delegante *ex art.* 16, comma 3. – 10.2. Il contenuto del dovere di vigilanza del delegante. Il tentativo di precisazione compiuto dal legislatore attraverso il nesso instaurato con il 'modello organizzativo 231' (art. 16, comma 3, seconda parte). – 10.3. Le perplessità dottrinali in merito al disposto dell'art. 16, comma 3 (seconda parte) e le possibili soluzioni. – 11. Assenza delle condizioni normative di ammissibilità della delega e responsabilità (a titolo omissivo) del delegato.

1. Il riconoscimento legislativo dell'istituto ad opera del d.lgs. n. 81/2008, le modifiche apportate nel 2009 e i recenti rilievi della Commissione europea.

Com'è noto, uno dei più significativi elementi di novità del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (c.d. 'testo unico' in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro – di seguito T.U.S.) è l'aver finalmente conferito un preciso statuto normativo all'istituto, di matrice essenzialmente giurisprudenziale e dottrinale, della "delega di funzioni" (artt. 16 e 17)¹.

* E' il testo (corredato di note, rielaborato ed integrato alla luce dei successivi sviluppi normativi e dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale) della relazione tenuta in occasione del Convegno "Responsabilità penale individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro", organizzato dal Gruppo italiano (Sezione Giovani penalisti) dell'A.I.D.P., svoltosi a Roma il 20 aprile 2009.

¹ Tra le prime disamine v. AMATO, *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss.; BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2767 ss.; CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, spec. 506 ss.; LEVI, *Delega di funzioni e sicurezza nei cantieri*, in *Dir. prat. lav.*, 2008, 2282 ss.; N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 829-834; ID., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale*

In quest'occasione il legislatore non si è limitato – come con il previgente d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626² – a specificare le attività non delegabili dal datore di lavoro (cfr. ora art. 17), e così a riconoscere, solo implicitamente e *a contrariis*, la facoltà del soggetto datoriale di ricorrere, per ogni diverso ambito di competenza originaria, alla delega³. Infatti, l'art. 16 del nuovo T.U.S., pur non fornendo una definizione giuridica di tale strumento giuridico⁴, ne codifica espressamente la struttura, i requisiti essenziali e gli effetti giuridici, sancendo così la sua definitiva irruzione nel diritto positivo. Successivamente, alcuni ritocchi alla disciplina sono stati apportati dall'art. 12 del d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106 (di seguito “decreto correttivo”)⁵, in particolare riconoscendo, entro limiti peraltro stringenti, la possibilità di subdelega e precisando la portata contenutistica del dovere di vigilanza che permane in capo al soggetto delegante.

Assicurando all'interprete un chiaro punto di riferimento normativo, la novella dovrebbe mettere fine all'impostazione casistica finora imperante e così anche ovviare alle precedenti oscillazioni applicative. D'altro canto, il concreto assetto impresso all'istituto non sembra in grado di rimuovere tutte le questioni del passato e rischia di alimentare nuove incertezze, sotto svariati aspetti (a partire, proprio, dal residuo obbligo di vigilanza del delegante).

Inoltre, l'espressa regolamentazione legislativa dell'istituto, proprio nella materia in cui il modello giurisprudenziale di delega ‘valida’ è gemmato fino a raggiungere il suo più elevato approfondimento teorico, pur non legittimando automatiche trasposizioni altrove, certamente ne influenzerà l'ulteriore sviluppo nei

del lavoro, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2-2009, 123 ss. A seguito del decreto correttivo n. 106/2009, v. BASENGHI, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in Basenghi, Golzio e Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2^a ed., 2009, 194 ss.; BRUNELLI R., *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in Zoppoli - Pascucci - Natullo, *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, 2^a ed., 2010, 276 ss.; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1125 ss.; DE SANTIS, *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il “correttivo” (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2-2010, spec. 127 ss., 132 ss.; NISCO, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 101 ss.; PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581 ss.; RUSSO, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in Tiraboschi - Fantini (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Milano, 2009, 337 ss.; SCARCELLA, *La delega di funzioni, prima e dopo il T.U.S. 81/08: continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 311 ss.; VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 37 ss.

² V. art. 1, comma 4-ter, aggiunto dall'art. 2 d.lgs. 19 marzo 1996 n. 242 (il testo originario del 1994 taceva del tutto sull'istituto della delega).

³ Cfr., per tutti, CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 960 ss.; PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *Dig. disc. pen. (agg.)*, I, Torino, 2000, 393; CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 248.

⁴ Contrariamente, infatti, a quanto asserito nella relazione allo schema di decreto legislativo, manca una “definizione legale della delega di funzioni da parte del datore di lavoro”.

⁵ Contenente “Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”.

settori del diritto penale complementare che tradizionalmente hanno tratto linfa da quelle primigenie esperienze applicative (soprattutto: tutela dell'ambiente, igiene degli alimenti, adempimenti fiscali e contributivi)⁶.

Merita segnalare che, da ultimo, la Commissione europea, con una lettera di messa in mora, ha aperto una procedura d'infrazione contro il nostro Paese⁷ per il non corretto recepimento della direttiva 89/391/CEE, relativa all'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Tra i diversi rilievi, i primi riguardano proprio l'istituto della delega di funzioni disciplinata dal d.lgs. n. 81/2008. In sintesi, secondo la Commissione, la sua previsione legislativa, unitamente alla regola dettata dall'art. 16, comma 3, T.U.S., che fa residuare a carico del delegante solo un dovere di vigilanza, incerto nei contenuti, non direttamente sanzionato e "assolto" con la semplice "adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4" T.U.S., determinerebbero un'inammissibile "deresponsabilizzazione" del datore di lavoro nei confronti degli obblighi relativi alla salvaguardia della salute e sicurezza sul lavoro, e quindi una violazione dell'art. 5 della direttiva citata⁸. Analogo rilievo è formulato rispetto all'art. 16, comma 3-bis, T.U.S., in quanto esso limiterebbe l'obbligo di vigilanza al sub-delegante.

La prima impressione suscitata da tali censure è che le autorità europee non abbiano adeguatamente misurato la portata delle disposizioni denunciate alla luce dell'ordinamento italiano in tutta la sua articolazione e complessità. In ogni caso, riteniamo che anche la seguente disamina possa chiarire come tutto sia asseribile in merito alla legislazione vigente, tranne che essa avalli, attraverso l'istituto della delega, un'indiscriminata esenzione di responsabilità del datore di lavoro in materia antinfortunistica. In particolare, come evidenzieremo in seguito (v. spec. §§ 10.2 e 10.3), anche la presunzione di assolvimento del dovere di vigilanza in caso di adozione del modello di verifica *ex art. 30 T.U.S.* non può essere letta come strumento di deresponsabilizzazione del datore di lavoro, in quanto essa mira soltanto a precisare le possibili modalità di attuazione di un dovere – quello di sorveglianza sul delegato – che resta proprio ed esclusivo del delegante, e così anche ad agevolare la verifica processuale del suo diligente adempimento⁹.

⁶ Cfr. MEZZETTI, in AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2^a ed., 2009, 67 s., il quale ritiene che i criteri di ripartizione della responsabilità tipizzati dal legislatore ben siano "utilizzabili per individuare i canali di imputazione del reato anche in altri ambiti".

⁷ Procedura di infrazione 2010/4227 - Non corretto recepimento della direttiva 89/391/CE relativa all'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, C(2011) 6692 def., 29 settembre 2011.

⁸ A norma dell'art. 5 in questione, l'obbligo del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori potrebbe essere derogato, o quantomeno attenuato, unicamente nel caso in cui vi siano circostanze estranee, eccezionali e imprevedibili nelle quali non può rientrare, secondo la Commissione, la delega di funzioni.

⁹ Non è privo di significato, sotto questo profilo, che anche la Corte di giustizia CE (v. sent., sez. III, 14 giugno 2007, *Commissione v. Regno Unito di Gran-Bretagna e Irlanda del Nord*, causa C-127/05), abbia chiarito, sia pure non con specifico riferimento all'istituto della delega di funzioni, che la responsabilità del datore di lavoro ai sensi della direttiva 89 non è di natura oggettiva.

2. Una preliminare distinzione concettuale: atto di investitura in ruoli funzionali e delega di funzioni.

La delega di funzioni – secondo la ricostruzione concettuale più aderente al dato reale e ora corroborata anche da quello normativo-giuridico – è l’atto organizzativo di natura negoziale che opera la traslazione di specifici doveri (“funzioni”) rilevanti in sede penale (riguardanti di norma il controllo di fonti di rischio per beni penalmente tutelati), unitamente ai poteri giuridico-fattuali necessari ad adempiere, dal titolare *ex lege* (garante ‘originario’) a un altro soggetto, che assume così la veste di garante ‘derivato’¹⁰.

Nella materia della tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, già questa sintetica definizione consente di tracciare un primo fondamentale spartiacque tra l’atto d’investitura in ruoli funzionali tipizzati dalla legge (come quelli di datore di lavoro, “principale” e “settoriale”, dirigente, preposto, medico competente, ecc.), espressivo del principio organizzativo della divisione o specializzazione delle mansioni, e la vera e propria *delega di funzioni*, che come detto determina il decentramento di poteri decisionali e relative responsabilità dal titolare *ope legis* ad altro soggetto¹¹.

In altre parole, nel caso della delega l’atto negoziale ha un’efficacia propriamente generatrice o ‘costitutiva’ di un nuovo centro di imputazione penale, giacché al “delegato” in senso stretto vengono conferite – entro limiti che possono variare, sia sul piano normativo-astratto che concreto – quote di responsabilità funzionale di pertinenza *ab origine* del dante causa (in quanto titolare della particolare qualifica soggettiva richiesta dalla legge).

Diversamente, l’atto attributivo di un incarico funzionale ha natura per così dire puramente ‘descrittiva’ di una determinata sfera di responsabilità, giacché il conferimento dei poteri tipicamente ricompresi nella qualifica richiamata dalla fattispecie legale determina l’assunzione a titolo originario o *iure proprio* dei corrispondenti obblighi prevenzionistici stabiliti dalla legge. Pertanto, in quest’ultimo caso, la posizione di garanzia trova fondamento e specificazione, non nella normativa interna di organizzazione, ma, *per relationem*, nella stessa disciplina legale.

Ne consegue che, qualora nel definire l’organigramma aziendale si ricorresse ad atti organizzativi formalmente etichettati come “delega di funzioni” anche per attribuire a dirigenti o preposti doveri che già gli spetterebbero *ex lege* (sulla base

¹⁰ Di recente, sui rapporti tra garanti originari e derivati, v. TRIMBOLI, *Destinatari della normativa antinfortunistica: garanti originari e delegati*, in *Cass. pen.*, 2008, 3041 ss.

¹¹ Colgono esattamente questa fondamentale distinzione concettuale, nella più recente dottrina, BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2769; SOPRANI, *Delega di funzioni e attribuzione di incarico*, in *Isl*, n. 4/2008, 193; VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L’organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell’ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 6 ss., 106. Chiare indicazioni sul punto già in FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985, 21 ss. Sul tema v., da ultimo, PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, cit., anche per una ricostruzione dell’evoluzione del quadro normativo.

dell'incarico ricevuto), la loro valenza sarebbe comunque meramente 'enunciativa', cioè volta a esplicitare, con maggiore puntualità, competenze prevenzionistiche già specificate dall'ordinamento giuridico.

Effetti *stricto sensu* costitutivi potrebbero, comunque, profilarsi anche in relazione ad obblighi giuridici gravanti, in base al dettato legale, sia sul conferente che sull'accettante. Si pensi ai doveri prevenzionistici che il d.lgs. n. 81/2008 pone a carico tanto del datore di lavoro quanto dei dirigenti (es. obblighi generali di cui all'art. 18). Orbene, la concreta garanzia facente capo ai secondi dipende sì dai poteri e incarichi ricevuti, ma entro ambiti funzionali che sono già definiti dalla legge – in termini generali e astratti – come una prosecuzione e uno sviluppo della garanzia principale del datore di lavoro: il dirigente, ai sensi dell'art. 2, lett. d), è la "persona che [...] attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa". Anche in questo caso, pertanto, la delega è lo strumento in grado di trasferire, entro gli spazi concessi dalla legge, doveri funzionali esclusivamente propri del datore di lavoro (convertendoli nel dovere di vigilare sull'operato del delegato); mentre non è necessaria per investire il dirigente di responsabilità di cui è già normativamente gravato.

Di tutto ciò si mostra consapevole anche la giurisprudenza di legittimità quando nota che "l'individuazione del soggetto titolare, in via immediata e diretta, della posizione di garanzia, è questione la cui soluzione precede, logicamente e giuridicamente, quella della (eventuale) delega di funzioni"¹².

Quanto asserito, peraltro, trova esplicita conferma anche in più punti della disciplina legale, che tratta separatamente gli incarichi funzionali che il vertice aziendale può – e talvolta deve in base alla legge o alla diligenza ordinaria – attribuire a dirigenti, preposti, medici competenti, membri del servizio di prevenzione e protezione, ecc., e la vera e propria "delega" di attribuzioni specifiche del datore di lavoro a terzi (la quale pure può risultare, talvolta, persino doverosa¹³). In particolare, all'ordinaria articolazione di ruoli funzionali all'interno dell'organizzazione la legge fa chiaramente riferimento quando connette le figure del "dirigente" e "preposto" "alla natura dell'incarico conferitogli" (art. 2, lett. d) ed e) T.U.S.). Invece, il vero e proprio atto di trasferimento di funzioni, quale atto a forma vincolata e a contenuto tassativamente delineato dal legislatore, trova la sua disciplina altrove, vale a dire, *in positivo*, nell'art. 16 (che ne scolpisce i requisiti di validità) e, *in negativo*, nell'art. 17 (dove è fissato il nucleo di competenze esclusive ed indelegabili dal datore di lavoro).

¹² Cfr. Cass., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, Vespasiani, rv. 242480 e in *Guida al lav.*, n. 14/2009, 38 e, di recente, Cass., 25 marzo 2010, n. 11582, in *Dir. & Giust.*, 2010.

¹³ Ciò, in particolare, quando l'obbligo non possa essere adempiuto efficacemente con la sola attività del titolare: v. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 211; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, 132; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 137; in giurisprudenza, Cass., sez. III, 4 luglio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 3014.

3. I titolari del potere di delega ex art. 16 d.lgs. n. 81/2008. La questione della subdelega.

Come si evince dall'art. 16 T.U.S., che parla di "*delega di funzioni da parte del datore di lavoro*", il soggetto individuato dalla legge come destinatario primario (ancorché non esclusivo) dei doveri prevenzionali, è anche il principale fruitore di tale strumento organizzativo. Egli è legittimato a ricorrervi già in forza del dettato legale, non rilevando quindi, ai fini penali, disposizioni statutarie o altre norme endoaziendali eventualmente contrastanti¹⁴.

Ante riforma si discuteva circa se la potestà di avvalersi di tale congegno organizzativo potesse essere riconosciuta anche ad altre figure tipiche di garanti (si pensi, soprattutto, ai dirigenti). Prevalgono le osservazioni scettiche che, con l'entrata in vigore del nuovo testo unico, potrebbero apparire avvalorate dal dato testuale, stante la mancata menzione in seno all'art. 16 degli attori della prevenzione subordinati al datore di lavoro. Se così fosse, quindi, delegabili sarebbero solo i poteri tipici del datore di lavoro.

D'altra parte, la reticenza del legislatore sul punto ha suscitato, in dottrina, anche una lettura inversa, secondo cui proprio l'assenza di una norma che sancisca espressamente un divieto generale di delega dei doveri dirigenziali (o anche solo di alcuni fra essi, come fa l'art. 17 rispetto al datore di lavoro), convaliderebbe la prassi acquisita che contempla anche la delega di funzioni dal dirigente ai preposti, i quali ben potrebbero trovarsi nella condizione di meglio provvedere a taluni specifici incombenzi¹⁵.

Problemi affini si pongono per la c.d. *subdelega* (o delega di 'secondo grado'), strumento gestionale parimenti diffuso nelle aziende strutturalmente più articolate. Si tratta in questo caso di stabilire se il delegato possa a sua volta ridistribuire parte delle funzioni avute in affidamento, costituendo ulteriori garanti "derivati".

La giurisprudenza sinora non ha prestato particolare attenzione alla questione; in qualche arresto, tuttavia, pur senza perentorie adesioni all'antico brocardo *delegatus delegare non potest*, è emersa una certa diffidenza per tale opzione organizzativa¹⁶, in linea con il più diffuso sentire dottrinale¹⁷.

Sul punto è, infine, direttamente intervenuto il decreto correttivo, interpolando un nuovo comma 3-bis nell'art. 16: "*Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il*

¹⁴ Conf. in dottrina, N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 138; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1147. *Contra*, nella pregressa giurisprudenza, Cass., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, Zanon e altri, in *Cass. pen.*, 1997, 1868, la quale richiedeva "precise ed ineludibili norme interne o disposizioni statutarie, che disciplinano il conferimento della delega".

¹⁵ Così, VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 50.

¹⁶ V., ad es., Cass., sez. IV, 29 dicembre 2008 n. 48313, in *ISL*, 2009, 441 ss., in cui si è rilevato, senza però un particolare approfondimento, che la subdelega al preposto era stata conferita "impropriamente dal dirigente".

¹⁷ V., ad es., SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Roma, 1998, 45. V. però, dopo l'entrata del d.lgs. n. 81/2008 e prima del decreto correttivo, LAGEARD - GEBBIA, *Il divieto di subdelega sui doveri della sicurezza è solo un "mito" da sfatare?*, in *Amb. e sic.*, n.11-2009, 30 ss.

datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2”.

Pertanto, a seguito di tale modifica, può senz’altro riconoscersi validità, ai fini penali, anche al ‘subtrasferimento’ di funzioni. Alle condizioni generali di ammissibilità della delega, la legge ha però aggiunto ulteriori stringenti vincoli.

a) Innanzitutto, si esige la *previa autorizzazione* del datore di lavoro, che resta così, nel disegno normativo, il fondamentale detentore ai fini penali del potere di delega, nonché il soggetto tenuto a ‘vegliare’ sull’organizzazione e l’andamento generale della sicurezza. Non è richiesta, in tal caso, la forma scritta, la quale peraltro potrebbe agevolare la dimostrazione dell’atto in sede giudiziale¹⁸; e lo stesso può dirsi per l’eventuale documentazione dell’intesa tra datore di lavoro e primo delegato (utile ad attestare la sua anteriorità all’atto in esame).

La legge non precisa, però, se il *placet* datoriale possa essere corredato da direttive vincolanti in ordine ai nominativi o alle competenze funzionali da subdelegare. La tesi negativa muove dall’idea che ciò determinerebbe un’inammissibile compressione dell’autonomia decisionale del delegato “proprio con riferimento a uno degli aspetti più salienti, ossia l’organizzazione delle risorse umane”¹⁹. Ci sembra, però, che colga nel segno l’opinione favorevole: sarebbe contraddittorio riconoscere al datore di lavoro un potere di veto sulla subdelega, ma non l’autorità di “limitarla nei suoi destinatari e/o nella sua concreta articolazione”²⁰.

b) In secondo luogo, il legislatore del 2009, ha voluto frapporre uno sbarramento a tecniche di devoluzione ‘a cascata’ dei compiti di prevenzione antinfortunistica, se non di artata proliferazione di deleghe ‘fotocopia’, nel sottinteso timore di eccessivi slittamenti verso il basso delle responsabilità *ab origine* datoriali. E’ espressamente stabilito, infatti, che il delegato di secondo livello “non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate”. Si tratta di un limite particolarmente incisivo all’autonomia organizzativa dell’imprenditore (com’è noto, presidiata anche costituzionalmente *ex art. 41 Cost.*, quale corollario della libertà di iniziativa economica privata). Ciò desta qualche perplessità, in quanto può avere ripercussioni negative sulle realtà imprenditoriali più complesse, con competenze assai differenziate e con numerosi livelli gerarchici. Il rischio, così, è che si producano significativi disallineamenti tra i concreti assetti organizzativi e la titolarità formale delle posizioni di responsabilità rilevanti per il diritto penale. Ciò senza particolari vantaggi, ed anzi con possibili effetti controproducenti, sul piano della razionalità ed efficacia complessiva dell’organizzazione della sicurezza.

c) La legge, infine, consente di destinare al subaccettante solo “*specifiche funzioni*”. Quindi, per quanto ampia in concreto possa essere la quota di funzioni destinata al delegato ‘secondario’, essa non potrà mai assorbire l’intero fascio di poteri-doveri oggetto della delega ‘primaria’. Diversamente, peraltro, la delega iniziale

¹⁸ Conf. VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 52.

¹⁹ LAGEARD - GEBBIA, *Il divieto di subdelega*, cit., 35.

²⁰ RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 348. Conf. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1132 s.

diverrebbe un ridondante passaggio intermedio tra il datore di lavoro e il destinatario finale delle funzioni.

Al pari, invece, del delegante primario, anche quello secondario è esplicitamente gravato dell'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento delle funzioni subtrasferite (con conseguente possibilità di corresponsabilità per *culpa in vigilando* nei reati commessi dal subdelegato). Nella specie, però, non si fa cenno alla possibilità di avvalersi del "modello di verifica e controllo" di cui all'art. 30, comma 4, per assolvere tale obbligo. Non sembra che tale silenzio debba essere interpretato come preclusivo: considerata l'assoluta identità, sul piano della natura giuridica e degli effetti, della delega primaria e della subdelega, non v'è motivo di ritenere che la vigilanza debba atteggiarsi diversamente nei due casi²¹. Ma anche ad opinare diversamente, sarebbe comunque irragionevole pretendere un controllo puntuale e continuativo sull'attività del subdelegato, che a dire il meno colliderebbe con il requisito dell'autonomia decisionale che deve essergli assicurata. Pertanto, come per il primo delegante, deve ritenersi sufficiente la predisposizione di presidi organizzativi in grado di assicurare una sorveglianza di carattere generale e principalmente a consuntivo sulla gestione della subdelega.

4. I destinatari della delega.

Per quanto concerne, invece, i *possibili soggetti destinatari* dell'atto di delega, va subito notata l'eterogeneità dell'art. 16 rispetto a quanto disposto dall'art. 2381, comma 2, c.c. in materia di società per azioni. Mentre la norma codicistica si limita ad autorizzare – purché anche lo statuto o l'assemblea lo ammettano – una redistribuzione, attraverso la "delega", delle funzioni amministrative tra i componenti del massimo organo amministrativo dell'ente²², l'art. 16 sancisce la possibilità di devolvere le funzioni datoriali in materia di sicurezza anche in assenza di previsioni statutarie e al di fuori della cerchia consiliare (quindi pure a dirigenti estranei al c.d.a.).

Di più: in assenza di contrarie indicazioni legislative, sarebbe apodittico negare in radice la liceità della delega (o subdelega) a terzi non incardinati nella struttura organizzativa dell'ente (es. un consulente esterno), come la stessa giurisprudenza di legittimità aveva in passato riconosciuto con una certa frequenza²³. Non si nega che soggetti integrati nell'organizzazione aziendale siano, normalmente, in posizione più favorevole per valutare i fattori di rischio inerenti all'impresa e al personale che vi opera; tuttavia, non può escludersi aprioristicamente che anche un soggetto esterno sia

²¹ Così BRUNELLI R., *La delega di funzioni*, cit., 291. Dubitativamente, DE SANTIS, *Il regime della responsabilità penale*, cit., spec. 127 ss., 132 ss.

²² Cfr. DE FEO, in Bonfante - Corapi - Marziale - Rordorf - Salafia (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, 375 s.; BIANCHI, *Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità*, Padova, 2010, 51.

²³ V., ad es., Cass., sez. III, 8 febbraio 1991, n. 4262, Bortolozzi, rv. 187276, in materia di tutela delle acque; più di recente, Cass., sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 8620, Signorelli, rv. 238972, in motiv.; Id., 16 febbraio 2009, n. 6613, inedita. Conf., in dottrina, BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2777; VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penali*, Milano, 2006, 199; più problematicamente ID., *Profili penali della delega*, cit., 97 ss.

in grado procurarsi tutte le informazioni pertinenti: fondamentale, in definitiva, è che egli venga dotato dei poteri decisorii e di intervento suscettibili di fondare una nuova posizione di garanzia²⁴.

Restando nei confini dell'organigramma aziendale, non sembra, invece, congrua la delega di funzioni datoriali ad un soggetto in posizione puramente esecutiva (come un operaio o un impiegato di basso livello). Tale atto organizzativo presuppone, infatti, che il destinatario sia munito, anche contrattualmente, di un potere di comando sufficiente ad impartire ordini ai soggetti da tutelare.

Diversamente, non v'è ragione per sconfessare il prevalente indirizzo giurisprudenziale che ammette, in presenza di tutti i requisiti di validità, la devoluzione di specifici obblighi datoriali ad un preposto (come un caposquadra²⁵), sia attraverso una delega 'primaria' che mediante una subdelega.

5. Il principio di generale delegabilità delle funzioni datoriali (art. 16, comma 1) e gli obblighi intrasferibili in via d'eccezione (art. 17).

L'ordinaria impossibilità per il soggetto apicale dell'ente (e spesso anche di singole unità produttive dotate di autonomia gestionale e finanziaria) di far fronte ad ogni più minuta prescrizione in tema di sicurezza, ha indotto il legislatore, con l'emanazione del nuovo 'testo unico', a riconoscere espressamente la delega di funzioni in sede penale.

Sotto questo profilo, la prima indicazione da fornire all'interprete riguardava la stessa ammissibilità della delega; quesito cui il legislatore ha risposto affermativamente, sancendo un *principio di generale delegabilità* (art. 16, comma 1), il quale può incontrare eccezioni solo nei casi in cui la delega sia "*espressamente esclusa*"²⁶.

Le deroghe tassativamente previste segnano, pertanto, i limiti di trasferibilità delle funzioni in materia prevenzionistica, e così gli obblighi del datore di lavoro aventi natura strettamente personale.

Volendo soffermarsi, ora, sul significato di tali eccezioni, occorre muovere dalla considerazione che la garanzia che la legge fa pesare sul datore di lavoro, in questa materia, è essenzialmente la gestione diligente dei fattori di rischio per la vita e l'incolumità dei lavoratori connessi allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, affinché essi non sfocino in eventi lesivi.

L'assunzione di qualsiasi decisione in materia prevenzionistica presuppone, però, una *fase ricognitiva e valutativa* iniziale²⁷. Si richiedono, in particolare, l'attenta

²⁴ Cfr. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1133 s., il quale dubita, però, che ciò possa verificarsi di frequente nel caso *de quo*.

²⁵ Cass., sez. IV, 14 maggio 2009, n. 20395, in *Guida al dir.*, n. 25-2009, 81; Id. 1 aprile 2004, 4055, Cecchini, rv. 228587

²⁶ Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto*, cit.

²⁷ Cfr. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro, organizzazioni complesse, imputazione soggettiva*, 2007, reperibile su www.appinter.csm.it, 23. V. anche PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1163 s e VENEZIANI, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di Marinucci e Dolcini,

analisi della situazione concreta, dell'attività da svolgere e del contesto in cui essa s'inserisce e può ripercuotersi (*risk assessment*) e il suo conseguente *output*: individuazione, quantificazione e documentazione degli sviluppi prevedibili – nocivi per l'incolumità e la salute dei lavoratori – di qualsiasi rischio insito nel ciclo produttivo (chimico, biologico, cancerogeni e mutageni, incendio, atmosfere esplosive, impianti e apparecchiature elettriche, rumori, attrezzature di lavoro, movimentazione manuale dei carichi, videoterminali, luoghi di lavoro, ecc.).

L'identificazione e la stima dei rischi rappresentano, così, il basamento su cui può poggiare un razionale *governo dei rischi* (*risk management*), e quindi l'accurata disamina, selezione ed applicazione delle regole cautelari (e connesse misure di prevenzione e protezione) volte ad eliminare o, ove ciò non sia possibile, minimizzare i rischi in relazione alle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili (art. 15, comma 1, lett. c).

In definitiva, ciò che implicitamente si richiede, secondo i consolidati parametri della colpa, all'"agente modello"²⁸, è stato sublimato, in questo settore normativo, nel "dovere di adottare una disciplina specifica, articolata e dinamica, documentalmente verificabile, alla quale il datore di lavoro resta poi vincolato"²⁹.

Ebbene, nell'ambito dell'estesa garanzia originariamente gravante sul datore di lavoro, il 'nucleo duro', non intaccabile neppure mediante un atto di delega, è rappresentato proprio dalla *programmazione iniziale* dell'attività prevenzionistica. Infatti, replicando una scelta compiuta dalla previgente legislazione in materia di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro³⁰, l'art. 17 T.U.S. individua gli adempimenti non delegabili da parte del datore di lavoro:

a) nella *valutazione di tutti i rischi* per la salute e la sicurezza, e relativo *documento scritto* avente data certa che, ai sensi dell'art. 28, deve evidenziare, tra l'altro, le risultanze dell'attività valutativa, le misure di prevenzione e di protezione dai rischi individuati e il programma delle misure opportune a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, ed altresì deve "rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto"³¹;

b) nella *designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione* dai rischi (RSPP), che rappresenta un diretto fiduciario del datore di lavoro (non è invece menzionata, e come tale non costituisce obbligo indelegabile, la nomina del medico competente).

Padova, 2003, 398, per la distinzione tra momento "diagnostico" e momento "terapeutico" della valutazione dei rischi.

²⁸ Cfr., nella manualistica tedesca, anche per i richiami bibliografici, JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – AT*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 55.I.2-3, in merito all'identificazione e valutazione corretta del rischio quale dovere di "diligenza interna" cui segue "il dovere di porre in essere un comportamento esterno adeguato, al fine di scongiurare la realizzazione dell'evento tipico" ("diligenza esterna").

²⁹ PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1164.

³⁰ Cfr. CULOTTA – DI LECCE – CASTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 4ª ed., 1996, 137.

³¹ V., ad es., per un caso di condanna del datore di lavoro dovuta a omessa valutazione del rischio-amianto, Cass., sez. IV, 20 gennaio 2011, n. 1741, inedita.

Nella prima di queste due incombenze può ritenersi logicamente ricompresa anche la *rielaborazione* della valutazione dei rischi e del corrispondente documento (D.V.R.), da effettuare nei seguenti casi: a) mutamenti del ciclo produttivo o dell'organizzazione del lavoro, b) evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione, c) infortuni significativi, d) necessità evidenziata dai risultati della sorveglianza sanitaria, e) sopravvenire di nuovi rischi (art. 29, comma 3).

Diversamente dall'art. 4-ter del d.lgs. n. 626/1994, l'art. 17 in esame non menziona tra gli obblighi indelegabili del datore di lavoro l'*autocertificazione dell'effettuazione della valutazione dei rischi* ex art. 29, comma 5. Si tratta di una facoltà concessa nelle imprese fino a 10 lavoratori (escluse quelle ad alto rischio di infortuni o malattie professionali menzionate all'art. 31, comma 6, lettere a), b), c), d) e g)), ma solo nelle more dell'elaborazione – entro e non oltre il 30 giugno 2012 – delle procedure standardizzate da parte della Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro³².

Si è osservato che il legislatore ha “evidentemente [...] ritenuto incongruo delegare l'autocertificazione dell'effettuazione di un compito non delegabile”, come confermerebbe anche il disposto dell'art. 29, comma 5³³. Secondo un'altra opinione, però, benché l'autocertificazione della valutazione del rischio nelle 'micro-imprese' sia da reputarsi “adempimento ontologicamente indelegabile”, la valutazione dei rischi in sé potrebbe lecitamente essere delegata, in quanto *ex lege* svincolata dall'elaborazione di un documento (infatti, “l'art. 17, lett. a, t.u. considera non delegabile solo la funzione di valutazione di tutti i rischi che sfocia nella conseguente elaborazione del documento di cui all'art. 28 t.u. e, quindi, secondo i criteri fissati dall'art. 29, comma 1, t.u.”)³⁴.

Nessun dubbio può invece nutrirsi circa l'impossibilità di delegare lo svolgimento diretto dei compiti del servizio di prevenzione e protezione, in quanto facoltà che l'art. 34 T.U.S. accorda, per le aziende indicate nell'allegato II, solo al datore di lavoro in prima persona. In tali aziende, pertanto, l'unica alternativa per il datore di lavoro sarà l'ordinario ricorso al SPP, nel qual caso egli dovrà nominare un responsabile e degli addetti qualificati ai sensi dell'art. 32.

Anche il dovere residuo di vigilanza del delegante sembra rientrare, alla luce del disposto dell'art. 16, comma 3, nel nucleo essenziale ed intangibile della posizione di garanzia datoriale (v., sul punto, § 10.3).

Un ulteriore limite fisiologico al generale potere di delega è stato indicato nell'adozione del modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001³⁵. Non v'è dubbio che si tratti di un profilo intrinsecamente connesso alle decisioni di politica aziendale di carattere verticistico; d'altro canto l'adempimento in esame, oltre a non essere

³² L'art. 29, comma 6, prevede, altresì, la possibilità di effettuare la valutazione dei rischi sulla base di tali procedure anche nelle imprese che occupino fino a 50 lavoratori.

³³ Così BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2775. Similmente RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 349.

³⁴ Così N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 833 s.

³⁵ Così, AMATO, *Le novità normative*, cit., 2103.

direttamente sanzionato (v. *infra* § 10.2), ricade nelle competenze dell'“organo dirigente”, il quale può anche non coincidere con il “datore di lavoro”.

E' pacifico che ove il datore di lavoro pretendesse di trasferire a terzi quelli che, per espressa *voluntas legis*, sono tratti indelebili della sua posizione di garanzia, l'atto di delega non diverrebbe, per ciò solo, invalido *in toto*, ma potrebbe produrre i suoi effetti almeno nei limiti delle funzioni legittimamente delegabili³⁶.

In ordine al nucleo di garanzia esclusiva e non delegabile del datore di lavoro, v'è un'ultima considerazione da fare, che trascende lo specifico settore dell'antifortunistica. Lo stesso conferimento della delega è espressione di supremazia gerarchica (cfr. artt. 2082, 2086 e 2014 c.c.) all'interno dell'ente; essa quindi rappresenta un momento di coagulo di poteri di carattere generale che il delegante conserva finché occupi una certa carica apicale³⁷. In quest'ottica, egli non può esimersi dall'attivarsi per l'impedimento di fatti illeciti quando sia venuto a conoscenza di inerzie o del negligente adempimento da parte del delegato dei compiti/responsabilità a lui trasferiti³⁸. Tale consapevolezza potrà essere acquisita nel modo più vario: segnalazioni circostanziate di lavoratori, verificarsi di infortuni le cui modalità costituiscano anche per l'inesperto seri segnali di allarme, diffide di autorità pubbliche, scoperta accidentale, ecc. Quale che sia la fonte conoscitiva, il delegante non potrà sottrarsi alle azioni del caso, richiedendo all'affidatario delle funzioni i necessari interventi correttivi, o, nelle ipotesi più gravi, avocando le funzioni delegate e/o sostituendo il delegato con altro soggetto che dia maggiori garanzie di affidabilità. Un'inerzia consapevole e ingiustificata del delegante potrà così fondare una responsabilità penale omissiva, e talvolta persino una compartecipazione attiva, quando la c.d. politica di impresa, forgiata dal datore di lavoro, fomenti, incoraggi o tolleri apertamente le trasgressioni del delegato, nell'intento ad esempio di risparmiare sui costi della sicurezza o comunque di conseguire, più facilmente, gli obiettivi di *business*³⁹.

5.1. Criticità del divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi.

Come detto, nella visione del legislatore (art. 17, lett. a) T.U.S.), la progettazione preliminare del sistema prevenzionistico aziendale è intimamente correlata con “le

³⁶ In tal senso v. Cass., sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 8620, Signorelli, in *Isl*, n. 6/2008, 362.

³⁷ Sull'ipotesi del subentro in una carica organizzativa e nella correlata posizione di garanzia v. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, spec. 581 ss.

³⁸ In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 10 novembre 1978, rv. 141049; Cass., sez. III, 1 ottobre 1980, in *Mass. Cass. pen.*, 1982, 364 s. I teorici della rilevanza puramente soggettiva della delega vedono, invece, nella persistente responsabilità del delegante in questi casi un'ulteriore riprova dell'irrelevanza della delega sotto un profilo 'oggettivo': cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, 2ª ed., 1983, 75.

³⁹ Sulle conseguenze della tolleranza della condotta criminosa del delegato, che in talune circostanze può tradursi in positiva induzione, manifestando “la scelta di una politica d'impresa che spinge il soggetto ad agire crimosamente”, v. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 237 ss.

complessive scelte aziendali inerenti alla sicurezza delle lavorazioni e [...], quindi, coinvolge appieno la sfera di responsabilità del datore di lavoro”⁴⁰.

Di conseguenza, nelle contravvenzioni prevenzionali imperniate sulla violazione degli *obblighi indelegabili* del datore di lavoro (cfr. commi 1 lett. b), 3 e 4 dell’art. 55), è come se la condotta tipica ricevesse il suo precipuo significato e disvalore dalla peculiare posizione funzionale del soggetto qualificato, che trova nella normativa extra-penale la sua fonte genetica. Sul piano concorsuale, inoltre, l’intangibilità degli obblighi datoriali in materia di programmazione della sicurezza comporta che egli, in linea di principio, possa essere chiamato a rispondere, sul presupposto di un’errata o lacunosa valutazione dei rischi, anche di qualsiasi evento lesivo direttamente imputabile a negligenze di soggetti parimenti titolari di competenze organizzativo-gestionali (il delegato alla sicurezza o anche un dirigente non delegato, rispetto, ad es., all’organizzazione dei turni e carichi di lavoro)⁴¹. In questo caso, quindi, il datore di lavoro risponderà non per aver mancato di sovrintendere sul comportamento del soggetto da lui designato (o comunque investito di compiti dirigenziali), ma per non avere adeguatamente costruito, a monte, il *frame* entro cui deve innestarsi l’attività decisionale e operativa dei gestori intermedi e finali della sicurezza. Ne risulta, evidentemente, un sensibile ridimensionamento degli stessi benefici che il datore di lavoro può ottenere mediante il ricorso alla delega.

Il limite essenziale di questa impostazione è legato proprio alla natura eminentemente tecnico-specialistica delle valutazioni implicate nella scelte gestionali afferenti alla sicurezza sul lavoro. La pianificazione iniziale della sicurezza è la fase più delicata e complessa della prevenzione dei rischi e richiede – più che *poteri* formali – *saperi*, i quali travalicano, di norma, le abilità organizzativo-manageriali del soggetto di vertice. Egli potrà anche avvalersi dell’apporto di tecnici (es. figure previste dalla stessa legge come il RSPP oppure consulenti esterni), ma dovrà comunque assumersi la piena paternità delle scelte compiute dai propri collaboratori, senza avere, di fatto, la possibilità di controllarne la correttezza.

La definizione del sistema di gestione della sicurezza e la programmazione degli interventi migliorativi esigono, inoltre, un impegno scrupoloso e una dedizione costante (anche in vista dell’aggiornamento delle misure), che un amministratore normalmente non può assicurare, per non abdicare alle sue stesse tipiche mansioni.

Sono queste, essenzialmente, le ragioni che spinsero Federico Stella, nella sua più recente produzione scientifica⁴², ad esprimere forti riserve sulla ragionevolezza di questo impianto normativo, osservando, in particolare, che la valutazione del rischio è

⁴⁰ Così, da ultimo, Cass., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, cit., nel caso riguardante l’evento incendiario colposo avvenuto il 24 marzo 2002 presso la zona laminatoio dello stabilimento torinese della *ThyssenKrupp* (quindi ben prima dell’incendio letale del dicembre 2007).

⁴¹ Cfr. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza*, cit., 2000, 391.

⁴² STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55 ss., spec. 65 ss.; ID., in Crespi - Stella - Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 4^a ed., 2003, sub art. 40, 172 s. Per una diversa impostazione del problema, v. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 822 s.

un problema di cui dovrebbe farsi carico l'intera comunità⁴³, mentre il suo affidamento in via rigorosamente esclusiva al datore di lavoro può condurre a forme di responsabilità 'di posizione' in violazione dell'art. 27, comma 1, Cost.

Come cercare, allora, quantomeno di circoscrivere entro margini più ragionevoli la responsabilità datoriale connessa agli obblighi *ex lege* indisponibili?

Un primo temperamento, per così dire quantitativo, viene dalla possibile coesistenza, alla stregua della legislazione antinfortunistica, di una pluralità di soggetti ugualmente rivestiti della qualifica di "datore di lavoro" in seno alla medesima realtà societaria⁴⁴: non solo il responsabile dell'ente nel suo complesso, ma anche coloro che, in quanto titolari dei poteri decisionali e di spesa, abbiano la responsabilità di un singolo "stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale" (art. 2, comma 1, lett. b)). Si tratta di un'ipotesi particolarmente frequente nelle c.d. "imprese a rete", connotate da una diffusione capillare sul territorio e, in genere, nelle imprese c.d. multidivisionali.

Ciò implica che l'attività di *risk assessment* e la stesura del relativo documento, in relazione ai rischi che si propagano all'interno di autonome articolazioni produttive dell'impresa, sia di competenza del datore di lavoro, per così dire, di "secondo livello" o "periferico", salvo ovviamente che per le problematiche gestionali di carattere trasversale o generale⁴⁵.

In secondo luogo, nel caso – come visto abituale – in cui il soggetto di vertice sia sprovvisto delle competenze e/o del tempo necessari al compimento della valutazione dei rischi, e si avvalga così di soggetti professionalmente qualificati, si ritiene in dottrina che la sua responsabilità vada esclusa, in presenza di stime e analisi erranee dei suoi consulenti, sul piano 'soggettivo' della colpevolezza. In tal modo verrebbero scongiurati addebiti di posizione contrastanti con il principio costituzionale di cui all'art. 27, commi 1 e 3, Cost.⁴⁶.

Residuano, tuttavia, delle criticità.

Innanzitutto, l'impossibilità di creare, nel caso di specie, posizioni di garanzia derivate, stante la natura indelegabile della valutazione dei rischi, può condurre a preoccupanti vuoti di responsabilità, pur in presenza di negligenze obiettivamente

⁴³ Per questa ragione secondo l'insigne studioso la disciplina in esame, demandando funzioni pubbliche come la valutazione del rischio ad un privato, sarebbe incostituzionale anche per la violazione del principio secondo cui "la legge determina i controlli perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali" (art. 41, comma 3, Cost.)

⁴⁴ Cfr., sul punto, di recente ALAGNA, *Il datore di lavoro: concetto e posizione di garanzia*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro*, cit., 85.

⁴⁵ Cfr. VENEZIANI, *I delitti colposi*, cit., 428 ss., cui si rinvia anche per la notazione che la figura di datore di lavoro in materia di sicurezza sul lavoro non coincide necessariamente con quella di imprenditore delineata dall'art. 2087 c.c.

⁴⁶ V., in particolare, PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro, organizzazioni complesse, imputazione soggettiva*, cit., 21: "l'ambito della possibile scusa può essere identificato, alla luce di indicazioni testuali e sistematiche, soprattutto nell'affidamento a collaboratori qualificati, relativamente a questioni tecniche"; esso, in particolare, assumerebbe qui il duplice significato di "affidamento *obiettivo* al consulente tecnico del lavoro di rilevazione ed analisi tecnica" e "affidamento *soggettivo* nei risultati dell'attività del consulente"; MEZZETTI, in *Diritto penale dell'impresa*, cit., 63, 76 s.

accertabili: esonero del delegante per assenza di rimproverabilità e dell'incaricato per mancanza della titolarità di una posizione di garanzia.

Inoltre, va notato che la giurisprudenza tende ad interpretare il ruolo del datore di lavoro, rispetto alle funzioni indelegabili, in modo assai più incisivo della dottrina, vale a dire alla stregua di "un obbligo preciso di informarsi preventivamente sui rischi presenti nell'azienda ai fini della loro valutazione e di verificare successivamente se il documento redatto affronti adeguatamente i temi della prevenzione e della protezione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali tenendo conto delle informazioni acquisite sull'esistenza dei rischi"; infatti "se la non delegabilità ha un senso il datore di lavoro ha l'obbligo di valutare le capacità tecniche di chi redige materialmente il documento, di valutare preventivamente quali siano i rischi ritenuti maggiormente significativi all'interno dell'azienda, di verificare se questi rischi siano stati presi in considerazione nel documento e se siano state prospettate soluzioni idonee a contrastarli"⁴⁷. Sennonché, resta difficile comprendere come possa un datore di lavoro privo delle necessarie abilità specialistiche vagliare preventivamente quali siano i rischi più significativi all'interno dell'ente e soprattutto se il documento redatto prospetti soluzioni adeguate a fronteggiarli.

6. (Segue) le funzioni delegabili.

Sul datore di lavoro pende, comunque, anche un'ulteriore ampia gamma di adempimenti volti alla tutela delle condizioni di sicurezza del lavoro, i quali invece sono lecitamente e integralmente trasferibili ad altri soggetti, secondo la regola generale fissata dall'art. 16, comma 1⁴⁸.

Rientrano in quest'ambito gli obblighi posti a carico sia del datore di lavoro che dei dirigenti (nell'ambito delle loro attribuzioni e competenze) dall'art. 18 T.U.S.⁴⁹, cui vanno aggiunti quelli dettati per singole tipologie di rischio lavorativo (v. titoli da II a XI), purché ovviamente non riconducibili al *genus* degli adempimenti indelegabili (valutazione dei rischi specifici).

Una disamina delle tendenze prevalenti nella prassi giudiziale evidenzia come, tra gli obblighi datoriali lecitamente delegabili, particolare attenzione sia rivolta, al di là della generale necessità di attuare le misure di prevenzione dei rischi individuate nel piano di sicurezza, a quelli di:

- istruire, formare e addestrare adeguatamente il lavoratore (ad es. mediante corsi di formazione ed un'efficace attività informativa) circa le proprie mansioni e l'uso corretto delle macchine cui è destinato⁵⁰;
- dotare i lavoratori dei necessari dispositivi di protezione individuale (DPI)⁵¹;
- munire i macchinari dei dispositivi di sicurezza⁵²;

⁴⁷ Cfr. Cass., sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, Ligresti, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919.

⁴⁸ Cfr. la Relazione illustrativa al decreto, cit.

⁴⁹ Nel previgente sistema v. art. 4 d.lgs. n. 626/1994.

⁵⁰ V., ad es., Cass., sez. III, 28 gennaio 2008, n. 4063, Franzoni, rv. 238540.

⁵¹ Ad es., Cass., sez. III, 30 aprile 1997, n. 7989, Colucci, in *Cass. pen.*, 1998, 3089.

- assumere le misure appropriate affinché solo i lavoratori che abbiano ricevuto adeguate istruzioni possano accedere alle zone che li espongono a rischio grave e specifico;

- vigilare sulla concreta attuazione delle misure preventive e il loro rispetto da parte dei lavoratori⁵³. Soprattutto quest'ultima incombenza risulta di norma particolarmente gravosa per il datore di lavoro, specie al crescere della dimensione aziendale, e quindi è tra quelle che più di frequente sollecita il ricorso alla delega di funzioni; fermo restando che la giurisprudenza (e ora espressamente la legge) fa residuare, anche in tal caso, in capo al delegante un obbligo di vigilanza sull'attività del delegato (v. sul punto § 10).

7. Le specifiche condizioni di ammissibilità della delega di funzioni.

Come detto, l'art. 16 del *nuovo corpus* normativo ha precisato i "limiti" e le "condizioni" della delega di funzioni nella materia della sicurezza e salute dei lavoratori, ispirandosi agli "orientamenti giurisprudenziali consolidati al riguardo"⁵⁴.

Sotto questo profilo, anche le sentenze della Suprema Corte temporalmente più vicine all'emanazione del testo unico avevano ribadito l'impostazione tradizionale che fa dipendere l'idoneità della delega a produrre l'esonero (parziale) di responsabilità del delegante da un fitto reticolo di condizioni, di natura oggettiva e soggettiva: a) carattere puntuale ed espresso dell'atto; b) idoneità tecnico-professionale del delegato; c) necessità del trasferimento in base alle esigenze organizzative dell'impresa; d) trasferimento unitamente alle funzioni dei correlativi poteri decisionali e di spesa; e) prova certa della delega in sede giudiziale⁵⁵.

In ogni caso, come risulta chiaro anche dal catalogo testé riportato, il vigente decreto non ha "codificato" tutti i requisiti di validità sedimentatisi nella diuturna opera creatrice della giurisprudenza. Inoltre, essendo stata l'elaborazione giudiziale dell'istituto a lungo fluttuante, il legislatore non ha potuto certo limitarsi a prendere atto di un assetto di disciplina stabile ed incontroverso, ma ha dovuto compiere talune essenziali scelte politico-criminali che, nella specie, si sono orientate, non solo verso un condivisibile ripristino della legalità in materia, ma anche verso una più discutibile

⁵² *Ex multis*, Cass., sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18558, in *Cass. pen.*, 2006, 3322.

⁵³ Tra le tante, Cass., sez. IV, 1 giugno 2005, n. 20595, rv. 231370.

⁵⁴ Così ancora la relazione allo schema di decreto. Secondo N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 830, ciò è avvenuto in modo - in modo persino "pedissequo e acritico". Diversamente, ad avviso di D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1126, 1146, le indicazioni della giurisprudenza sono state invece accolte "non pedissequamemente" dal legislatore.

⁵⁵ V., ad es., Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 16138, inedita; Cass., sez. III, 15 luglio 2005, n. 26122, Capone, rv. 231956; per un'approfondita analisi della giurisprudenza antecedente alla novella, v. BONFIGLIOLI, *Reato proprio, posizione di «garanzia» e trasferimento di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, in Mazzacuva - Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro* (dir. da Carinci), Torino, 2007, 17 ss.

trascrizione degli orientamenti giurisprudenziali improntati al più accentuato formalismo⁵⁶.

Così, ai requisiti materiali dell'idoneità tecnico-professionale del delegato e della devoluzione di autonomi poteri decisionali e finanziari, sono state aggiunte le condizioni formali e procedimentali del conferimento e dell'accettazione in forma scritta, della data certa e della tempestiva pubblicità della delega.

Di seguito analizzeremo partitamente i singoli requisiti della delega definiti dall'art. 16.

7.1. I requisiti di carattere formale: conferimento ed accettazione per iscritto (lett. a) ed e)).

Il legislatore della riforma ha ritenuto di tale importanza i profili formali dell'esercizio del potere datoriale di delega, che il catalogo normativo dei "limiti e condizioni" di ammissibilità si apre proprio con un requisito di natura documentale: la delega è ammessa, anzitutto, se "essa risulti da atto scritto recante data certa" (lett. a).

In perfetta simmetria, il legislatore esige che anche l'accettazione della delega – la cui necessità ne chiarisce la natura di negozio bilaterale (contrattuale), anziché di mero atto unilaterale recettizio⁵⁷ – sia documentata per iscritto (lett. e)).

La pretesa legislativa di una rigorosa documentazione del trasferimento di funzioni sembra dettata, oltre che dall'invalsa concezione della delega quale "eccezione a favore di colui che è il principale destinatario delle norme antinfortunistiche e dei relativi obblighi"⁵⁸ (al quale, conseguentemente, si ritiene proporzionato addossare la dimostrazione), dalla preferenza accordata ad istanze di certezza nella ripartizione di funzioni prevenzionistiche rispetto all'ordinario regime della prova nel processo penale. Il requisito in esame, infatti, non solo potrebbe agevolare una maggiore consapevolezza degli effetti dell'atto da parte sia del delegante che del delegato (nonché la sua conoscibilità da parte di terzi), ma permette di risolvere sul piano sostanziale (della validità della delega), le consuete difficoltà probatorie inerenti all'identificazione dei responsabili di un illecito nelle organizzazioni complesse.

⁵⁶ L'opzione del legislatore per soluzioni rigidamente formali è stata rimarcata sin dai primi commenti alla riforma: favorevolmente v. BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2768, quanto meno in ottica di maggiore certezza giuridica; BRUNELLI R., *La delega di funzioni*, cit., 278, NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 113 s., sebbene interpretando la forma scritta come regola di diligente organizzazione, con tutto ciò che ne consegue in punto di accertamento della colpa; criticamente, invece, MANNA, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 2, 3; BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, in *Isl*, 5/2008, 255; VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 40.

⁵⁷ In senso conf. BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., 257; MANNA, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 3. La giurisprudenza già annoverava l'accettazione, "libera e consapevole", tra i requisiti di efficacia della delega (da ultimo, Cass., sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38006, inedita), da cui la dottrina desumeva la natura contrattuale della delega: sia consentito qui il rinvio a MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 3982. In generale, sulla fonte contrattuale dell'obbligo del delegato v. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 188; GRASSO, *Organizzazione aziendale, Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, 1982, 756.

⁵⁸ Così, Cass., sez. IV, 8 marzo 1995, n. 6284, cit.

Senonché, il presupposto *de quo* non rappresenta la mera traslitterazione legislativa di un pacifico assunto giurisprudenziale, ma è frutto della selezione, tra i diversi orientamenti affiorati al suo interno, dell'opzione improntata al più ortodosso formalismo.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 si scontravano, infatti, diversi indirizzi in merito alle modalità di esteriorizzazione della delega (o della sua prova in giudizio) e del consenso dell'incaricato.

a) L'esigenza che la delega fosse formalizzata con atto scritto (avente data certa), perché potesse produrre effetti liberatori per il delegante, era appannaggio dell'*indirizzo formalistico* tradizionale⁵⁹.

Non sempre era chiaramente evincibile dai *dicta* giurisprudenziali se la forma scritta fosse richiesta *ad substantiam* (quale condizione, cioè, di diritto sostanziale che concorre a 'costituire' la delega quale atto penalmente significativo)⁶⁰ o piuttosto *ad probationem*, quale dato essenziale per la sua dimostrazione in giudizio⁶¹. Il legislatore, ora, sembra aver propeso per una connotazione in chiave *sostanziale*, evocata proprio dall'inserimento nelle condizioni di ammissibilità della delega, per di più insieme a quella concernente l'accettazione del delegato⁶². In dottrina, però, è stata argomentata anche la tesi contraria, sul rilievo che la necessità del dato formale ai soli fini della dimostrazione in giudizio, oltre ad essere rivelata dall'uso del verbo "risultare" (sinonimo di "documentare")⁶³, attenuerebbe la contraddizione latente con il principio di effettività sancito dall'art. 299 T.U.S. (intitolato all'"esercizio di fatto di poteri direttivi")⁶⁴.

⁵⁹ Da ultimo, in materia antinfortunistica, v. Cass., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37083, inedita; precedentemente, per tutte, Cass., sez. III, 6 giugno 2003, n. 24800, Lodovichi, in *Dir. e prat. lav.*, 2003, 2102; Cass., sez. IV, 1 luglio 2003, n. 27939, Benedetti, in *Dir. e prat. lav.* 2003, 2101; Id., 20 febbraio 2003 n. 18319, Saeli, *ivi*, 2003, 2100; Id., 21 maggio 2003, n. 22345, Ribaldi ed altri, *ivi*, 2102.

⁶⁰ Questo sembra essere il caso, ad es., di Cass., sez. III, 6 giugno 2003, n. 24800, Lodovichi, cit.; Id., 17 aprile 2003 n. 18319, Saeli, cit.

⁶¹ In questo senso, per es., Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 16138, cit.; Id., 21 maggio 2003, n. 22345, cit.; Id., 1 giugno 2000, n. 22326, in *ISL*, 2001, 437, secondo cui la delega non può essere comprovata mediante testimoni.

⁶² In questo senso AMATO, *Le novità normative*, cit., 2099; BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., 256 s.; BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2781; CRIVELLIN, *La delega di funzioni*, cit., 508; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1151; GIULIANI, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 125; PASCUCCI, *Prime osservazioni sul Titolo I del D.Lgs. 81 del 2008 (parte II)*, reperibile su www.uniurb.it/olympus; VALENTINI, *La «vecchia modernità» del diritto penale della sicurezza sul lavoro: due pseudo-riforme*, in Basenghi - Golzio - Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi*, cit., 296, nt. 120; VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 41.

⁶³ Così N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 830. Similmente ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 181, secondo cui "la necessità di un atto scritto, con data certa, evoca un problema di prova, più che di sostanza", aggiungendo comunque che anche così si "irrigidisce inutilmente la distribuzione dei poteri, che può anche essere mutevole".

⁶⁴ Rileva tale distonia, anche BELLINA, *Esercizio "di fatto" di poteri direttivi e responsabilità penale*, in *Dir. e prat. lavoro*, 2009, 429. Secondo un'altra opinione, però, essa è solo apparente e "scompare se si ritiene [...] che le figure dei garanti abbiano una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma che deriva direttamente dall'investitura o dal fatto": BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009, 2268; similmente BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2781; NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 114 s.

Quale che sia la ricostruzione sistematica più plausibile, le due opzioni paiono sostanzialmente equiparabili sul piano pratico e parimenti problematiche sul piano dei principi generali.

Dal primo punto di vista, basti osservare che nel vissuto applicativo, le costruzioni relative a *concetto* e *prova* sono spesso sostanzialmente intercambiabili⁶⁵, cosicché anche i piani della validità formale della delega e della sua dimostrazione giudiziale sono tra loro strettamente interconnessi. Nel caso di specie, così, qualora nel corso di un processo l'accusa mettesse in dubbio l'esistenza di una delega formale, al datore di lavoro non basterebbe replicare, ad esempio, adducendo testimoni a favore oppure depositando organigrammi o altri documenti aziendali che rivelino la dismissione delle funzioni: dovrebbe necessariamente allegare il documento attestante, in modo temporalmente certo, il conferimento per iscritto e la complementare accettazione del delegato. Ovviamente, una volta che l'accusato avesse soddisfatto questa esigenza, sarebbe onere dell'accusa dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, l'inesistenza degli altri requisiti di validità statuiti dall'art. 16 e quindi l'ascrivibilità dell'illecito al delegante (artt. 533, comma 1; 530, commi 2 e 3, c.p.p.).

Anche nell'ottica dei principi generali dell'ordinamento la condizione *de qua* manifesta evidenti incrinature, sia ad inquadrarla tra i requisiti di validità della delega che tra quelli aventi una finalità probatoria.

Come *requisito costitutivo* dell'atto di delega, la forma scritta – oltre a rappresentare un'ipotesi residuale persino nella sfera negoziale civilistica – appare totalmente estranea ai principi fondamentali e agli scopi del diritto penale sostanziale (cui interessano, più che ritualismi formali, la meritevolezza di pena di certe condotte e l'efficace tutela dei beni giuridici⁶⁶). Non sembra, infatti, che l'enfasi sul rispetto delle forme possa *eo ipso* incrementare gli *standard* di sicurezza, potendo anzi fomentare, talvolta, prassi di conformità esclusivamente documentale, la tendenza cioè ad assicurarsi che 'tutte le carte siano a posto', piuttosto che politiche di tutela sostanziale dei beni in gioco. D'altra parte, a fronte di una delega effettiva, ancorché non formalizzata per iscritto, la punibilità del datore di lavoro che abbia anche adeguatamente controllato sulla sua esecuzione, solo per la carenza di un requisito puramente documentale, farebbe sorgere forti dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 27, comma 1, Cost.⁶⁷.

Invece, la configurazione della forma scritta come *vincolo probatorio* per il delegante, innanzitutto contrasta con il principio *in dubio pro reo* (art. 27, comma 2, Cost.) in relazione al conferimento della delega e quindi alla tipicità dell'omissione⁶⁸. In realtà, un documento avente data certa può consentire di dimostrare – salvo che sia

⁶⁵ Cfr., per tutti, VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, spec. 25, 88 s., 98 ss., in cui l'A. sviluppa il ragionamento con peculiare riferimento al tema della causalità. Per un tentativo di dimostrare la sostanziale equipollenza di effetti tra la configurazione della forma scritta della delega come requisito sostanziale ovvero come mezzo vincolato di prova, sia permesso il rinvio a MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia*, cit., 3980 ss.

⁶⁶ Contesta la necessità del "perfezionarsi di certi formalismi, pur pienamente giustificati sotto altra prospettiva giuridica", FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 316.

⁶⁷ Similmente RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 340.

⁶⁸ Cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 324.

comprovata la sua falsità – in modo pieno e incontrovertibile il suo conferimento (e l’anteriorità ai fatti in contestazione): uno *standard* probatorio, questo, ordinariamente richiesto – in forza della presunzione di non colpevolezza – all’accusa ai fini della prova della reità dell’imputato, e non alla difesa per la dimostrazione di fatti favorevoli. In secondo luogo, la forma scritta *ad probationem* collide con i principi su cui poggia il sistema delle prove nel processo penale: libertà dei mezzi di prova per le parti (art. 189 c.p.p.)⁶⁹ e libero convincimento del giudice (cfr. art. 192, comma 1, c.p.p.). Di norma, infatti, non si ammettono, nel nostro ordinamento processuale penale, presunzioni *contra reum* di maggiore efficacia conoscitiva e, specularmente, di radicale inefficacia, di determinati mezzi di prova; né il giudice viene vincolato a paradigmi gnoseologici predeterminati.

b) In più, la presa di posizione del legislatore risulta persino più esigente del pur rigoroso indirizzo che nell’ultimo decennio stava prendendo il sopravvento nella giurisprudenza della Cassazione⁷⁰, che, pur ritenendo imprescindibile la prova “certa” (l’atto di delega “deve essere espresso, inequivoco e certo”⁷¹) o “rigorosa”⁷² della delega (sia in ordine al suo rilascio che al suo contenuto specifico⁷³) da parte del delegante, si mostrava quantomeno disponibile a soprassedere sulla produzione di un documento scritto⁷⁴. In ultima analisi, tale corrente giurisprudenziale continuava a far gravare sul delegante l’onere di provare in modo pieno e certo l’esistenza della delega⁷⁵ (quindi ben al di là di un onere di mera *allegazione*, vale a dire di introdurre un principio di prova sul fatto a lui favorevole⁷⁶), ma perlomeno escludeva qualsiasi presunzione di maggiore

⁶⁹ Cfr. BELLAGAMBA - CARITI, *La responsabilità penale per infortuni sul lavoro*, Torino, 1998, 38.

⁷⁰ Lo nota anche D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1149.

⁷¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 5 febbraio 2010, n. 7691, Marzorati, in *Guida al dir.*, n. 14-2010, 75; Id., 22 aprile 2008, 16465, in *Giur. it.*, 2009, 442 ss., con nota di MORONE; Id., 29 gennaio 2008, n. 8604, Timpone, in *Cass. pen.*, 2008, 4318; Id., 9 marzo 2007, n. 10109, in *Orient. giur. lav.*, 2008, 328 ss., con nota di RAMONI; Id., 21 giugno 2004, n. 27857, Rinaudo e altro, in *Cass. pen.*, 2005, 3976 ss.

⁷² Limitatamente alla materia antinfortunistica v., ad es., Cass., sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12800, Ferrante, rv. 236196; Cass., sez. III, 30 settembre 1998, n. 12538, Tiragallo, in *Dir. prat. lav.*, 1998, 3331 (secondo cui la forma scritta è necessaria solo “in ambito di pubbliche amministrazioni”).

⁷³ Cfr., ad es., Cass., sez. IV, 11 novembre 2009, n. 45931, in *Guida al dir.* 2010, Dossier n. 2, 76, secondo cui anche ammettendo che prima della novella non fosse prevista alcuna forma per il rilascio della delega “è comunque da ritenere che dovesse esservi certezza del rilascio e del contenuto della delega sia per ritenerne l’esistenza che per poterne individuare i contenuti”.

⁷⁴ In dottrina, a favore di questo orientamento, TOFACCHI - SALAZAR, *Scelte datoriali e responsabilità sociale*, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 1447. Criticamente, per le ragioni ribadite nel testo, MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia*, cit., 3988 s. Respingono tale prospettiva anche FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 323 e, più di recente, PIVA, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 732; VITARELLI, *Delega di funzioni*, cit., 233.

⁷⁵ Esplicite sul punto Cass., sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17515, inedita, secondo cui “trattandosi di una causa di esclusione di responsabilità, [la delega] deve essere dimostrata da chi l’allega”.

⁷⁶ Infatti, benché l’onere di allegazione non possa essere soddisfatto ventilando una circostanza del tutto ipotetica o immaginaria (cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2005, 205), non esige neppure una prova certa o oltre ogni ragionevole dubbio (come per l’onere della prova sostanziale gravante sull’accusa): basta “indicare con sufficiente precisione i fatti e [...] introdurre almeno un principio di prova” (TONINI, *Manuale di procedura penale*, 11ª ed., Milano, 2010, 240), vale a dire “un *minimum* capace di dar vita ad una questione meritevole di discussione” (FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, 33). Per la considerazione che l’onere di allegazione coincide di fatto con l’onere della prova c.d. *formale* e cioè “di

efficacia di un mezzo probatorio sugli altri, ammettendo così una dimostrazione dell'avvenuto conferimento di poteri anche mediante testimoni e/o sulla base di ulteriore documentazione aziendale (es. organigrammi, mansionari, ordini di servizio, assegnazioni di budget di spesa, ecc.).

c) Sulla base di quanto precede potrebbe ritenersi che la disciplina dettata dall'art. 16 abbia *a fortiori* opposto uno sbarramento insormontabile alla corrente giurisprudenziale 'sostanzialistica' affiorata verso la fine dello scorso secolo e accolta positivamente in dottrina come "una sorta di mini rivoluzione copernicana"⁷⁷.

Secondo tale indirizzo, nel ricostruire i diversi ambiti individuali di responsabilità nelle strutture societarie maggiormente complesse, rileva – più che l'esistenza di deleghe formali – la "struttura"⁷⁸ o "realtà effettiva"⁷⁹ dell'impresa, e quindi la reale articolazione dei compiti (come desumibile dalla normativa interna aziendale o dai contratti collettivi e individuali)⁸⁰; ciò nella consapevolezza "che le esigenze dell'economia moderna impongono sempre più articolate organizzazioni delle strutture produttive soprattutto nelle società di capitali di grandi o notevoli dimensioni"⁸¹.

Sennonché, ci sembra che le cadenze formalistiche della riforma del 2008 non abbiano irrimediabilmente soppiantato tale chiave di lettura, che in sostanza rimanda all'idea che "sia l'effettiva attribuzione dei poteri [...] a essere fondamentale, prima e meglio della documentazione cartacea"⁸². Infatti, a nostro avviso, la questione affrontata, con accenti di novità, da questo filone giurisprudenziale è, a ben vedere, quella preliminare dell'individuazione e delimitazione dei diversi ambiti di competenza prevenzionistica dei garanti *ex lege* (nella specie il datore di lavoro

ricercare le fonti di prova e introdurre nel processo elementi idonei a determinare il convincimento del giudicante" (distinto dall'onere della prova in senso *sostanziale*, quale regola di giudizio sorretta dal dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, Cost.), v., da ultimo, E. ESPOSITO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2008, 752, 755, 759 ss.

⁷⁷ V. STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1263; ID., in *Commentario breve al codice penale*, cit., 169 ss.; analogamente CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 369. Ritiene, invece, che tali sentenze, al di là dei riferimenti all'"assorbimento" o "superamento" della necessità di una delega espressa, abbiano nella sostanza ribadito concetti già noti, VENEZIANI, *I delitti colposi*, cit., 416. Per un commento a tale orientamento giurisprudenziale, v. anche MONGILLO, *Il trasferimento di posizioni di garanzia*, cit., 3989 ss.

⁷⁸ Cfr., Cass., sez. IV, 3 marzo 1998, n. 548, Brambilla, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 364 ss.

⁷⁹ Cfr. Cass., sez. IV, 26 aprile 2000, n. 7402, Mantero, cit.; ID., 17 settembre 2004, n. 36774, Capaldo, rv. 229694.

⁸⁰ Cfr., in un caso vertente sull'applicazione dell'art. 5, lett. d), l. n. 283/1962, Cass., sez. III, 26 febbraio 1998, n. 4304, Caron, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 364 ss.

⁸¹ Cfr. Cass., sez. IV, 3 marzo 1998, n. 548, Brambilla, cit. All'indirizzo in esame possono essere ricondotte anche Cass., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12794, Chirafisi, rv. 236279; Cass., sez. IV, 2 ottobre 2003, n. 37470, Boncompagni, in *Cass. pen.*, 2004, 2126; ID., 8 maggio 2001, n. 20176, Fornaciari, rv. 219842; Cass., sez. IV, 19 febbraio 1998, n. 6079, Berlati, in *Studium juris*, 1999, 573.

⁸² Prendo qui in prestito le parole di ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 182, che esprime così la sua predilezione per questa impostazione.

‘generale’ e, ove presente, ‘di settore’⁸³, i dirigenti e i preposti), costituiti nelle rispettive posizioni di garanzia non da un atto di delega, ma – come detto – attraverso atti di investitura in ruoli funzionali (§ 2). Da ciò sembra discendere la tesi della superfluità di deleghe formali o cartacee per tutto ciò che esula dall’ambito delle funzioni originariamente proprie del solo datore di lavoro⁸⁴. In altre parole, l’effettiva ripartizione di competenze, se non può supplire alla carenza di forma scritta richiesta per la validità della delega, può senz’altro consentire di risalire ai titolari dei diversi livelli di garanzia – strategico-organizzativa, intermedia e finale – configurati dalla legge.

7.1.1. (Segue) la “data certa”.

La lett. a) del comma 1 dell’art. 16, richiede anche che l’atto scritto in cui è racchiusa la delega rechi “data certa”. Si vuole in questo modo assicurare l’apposizione sul documento di “una data che non sia falsificabile da soggetti terzi compiacenti”⁸⁵. Come conseguenza, però, anche nei casi in cui le funzioni siano state effettivamente assunte dal delegato in un momento anteriore a quello in cui il conferimento risulti in modo incontrovertibile per iscritto, solo da questa data la delega potrebbe acquisire efficacia in sede penale nei riguardi del delegante.

Le modalità idonee a soddisfare quest’ulteriore pretesa formale hanno generato subito forti dubbi nella prassi operativa.

Per sciogliere tale incertezza può rivelarsi utile uno sguardo alle delucidazioni fornite dal Garante per la Privacy⁸⁶ in ordine all’analogo requisito richiesto per l’atto disciplinato dall’art. 1 della l. 3 novembre 2000, n. 325⁸⁷. Il Garante, al riguardo, osservò che il requisito della “data certa” “*si collega con la comune disciplina civilistica in materia di prove documentali e, in particolare, con quanto previsto dagli artt. 2702-2704 del codice civile, i quali recano un’elencazione non esaustiva degli strumenti per attribuire data certa ai documenti, consentendo di provare tale data anche in riferimento a ogni «fatto che stabilisca in modo egualmente certo l’anteriorità della formazione del documento» (art. 2704, terzo comma, cod. civ.)*”. Il provvedimento in questione fornì anche indicazioni sulle principali modalità per assicurare la certezza della data, le quali paiono esaustive anche ai fini

⁸³ Si ricorda che, ai sensi dell’art. 2, lett. b) d.lgs. n. 81/2008, la qualifica “datore di lavoro” spetta anche a chi abbia la responsabilità di una singola unità produttiva autonoma dal punto di vista finanziario e tecnico-funzionale.

⁸⁴ Analogamente, PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, cit., 1590 s., secondo cui la delega è l’unico strumento idoneo ad investire un diverso soggetto dei relativi adempimenti solo nel caso di “funzioni esclusivamente proprie del datore di lavoro”.

⁸⁵ SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 337.

⁸⁶ Garante per la protezione dei dati personali, 5 dicembre 2000, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it. In dottrina sui rapporti fra i diversi strumenti di datazione giuridicamente certa, v. CIAN - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1997, 2557.

⁸⁷ Recante “Disposizioni inerenti all’adozione delle misure minime di sicurezza nel trattamento dei dati personali previste all’art. 15 della legge 31 dicembre 1996, n. 675”. Tale legge è stata successivamente abrogata dall’art. 183 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

della delega di funzioni prevenzionistiche: l'atto pubblico (normalmente utilizzato nelle imprese di medie e grandi dimensioni) e la scrittura privata autenticata da un notaio o da un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ma anche altri fatti che consentano di stabilire in modo ugualmente sicuro la collocazione temporale del documento come: la c.d. "autoprestazione" presso uffici postali, con apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene (art. 8 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261)⁸⁸; l'apposizione della c.d. marca temporale sui documenti informatici (v. ora d.P.C.M. 30 marzo 2009, n. 38840); l'uso della posta elettronica certificata ai sensi del d.P.R. 11 febbraio 2005 n. 68; con specifico riferimento alle amministrazioni pubbliche, l'adozione di un atto deliberativo di cui sia certa la data in base alla disciplina della formazione, numerazione e pubblicazione dell'atto; e così via.

Va notato, infine, che la "data certa" non è espressamente richiesta per l'accettazione del delegato. Ciò sembra frutto di una mera svista legislativa, colmabile in via interpretativa, a pena di un insanabile contrasto con la pretesa legislativa di una formalizzazione del momento del trapasso delle responsabilità⁸⁹. Stante la struttura bilaterale della delega, è il momento dell'accettazione ad assumere rilievo ai fini dell'individuazione delle responsabilità penali delle due parti dell'atto.

7.2. I requisiti di carattere materiale: professionalità ed esperienza del delegato (art. 16, lett. b)).

La lett. b) dell'art. 16 codifica una condizione 'soggettiva' di validità della delega, pure mutuata dal diritto vivente giurisprudenziale: il possesso da parte del delegato di "tutti i requisiti di professionalità ed esperienza" richiesti dalla peculiare natura delle funzioni cui venga deputato.

Con tale formula la legge pare evocare non una generica capacità organizzativa, ma una specifica competenza tecnico-professionale⁹⁰, da apprezzare caso per caso alla luce dei peculiari fattori offensivi da affrontare, e che ovviamente deve perdurare nel tempo⁹¹. Sembra, così, essere stato recepito il filone giurisprudenziale più rigoroso, peraltro assolutamente dominante in materia di sicurezza dei lavoratori⁹², secondo cui

⁸⁸ L'art. 8 citato ("Autoprestazione"), stabilisce che "è consentita, senza autorizzazione, la prestazione di servizi postali da parte della persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza (autoprestazione) oppure da parte di un terzo che agisce esclusivamente in nome e nell'interesse dell'autoproduttore". Secondo Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2007, n. 13912, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6, detta impronta può garantire l'antiorità della datazione, solo ove "lo scritto faccia un corpo unico con il foglio sul quale il timbro è stato apposto, anche se nella parte contenente l'indirizzo del destinatario".

⁸⁹ Così, condivisibilmente, VALENTINI, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 296, nt. 121.

⁹⁰ In tal senso anche GIULIANI, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, cit., 126; N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit. 142. *Contra*, in linea con il precedente minoritario orientamento della Cassazione, RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 343, secondo cui non sembrano sussistere ragioni "per esigere che il delegato abbia una competenza specialistica diversa e superiore rispetto a quella che il legislatore presuppone in capo al comune datore di lavoro" e D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 280 s.

⁹¹ D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1154.

⁹² Cfr. Cass., sez. IV, 14 settembre 1981, n. 9592, Celadon, rv. 188209 ("particolare competenza tecnica in campo antinfortunistico"); Id., 4 ottobre 1989, Bolzoni, rv. 183089 ("persone tecnicamente qualificate"); Id.,

il delegato deve essere persona tecnicamente qualificata in senso specialistico, e non semplicemente affidabile o idonea a ricoprire i compiti affidatigli⁹³ (come potrebbe essere un dirigente vicino alle fonti di rischio e dotato di mere capacità manageriali⁹⁴). Il chiaro intento legislativo è quello di “proteggere nel modo più efficace i beni esposti a pericolo”⁹⁵, come conferma l’ulteriore riferimento – meno consueto nella pregressa prassi giudiziale – all’“esperienza”, e quindi ad una competenza esistente non solo in astratto, ma specificamente dimostrata sul campo.

L’accento sulla totalità (“tutti”) dei requisiti professionali richiesti dall’attività demandata al delegato sembra evocare un accertamento giudiziale assai penetrante. In ogni caso, sarebbe irrealistico pretendere dal delegante una verifica preventiva della reale capacità del designato: la *due diligence*, nella specie, potrà quindi limitarsi al possesso di un *curriculum* adeguato per l’incarico da svolgere (non solo, quindi, di titoli di studio pertinenti), che “dovrebbe, in assenza di elementi in contrario, essere sufficiente a giustificare la scelta”⁹⁶.

Opportuna è anche la correlazione sancita tra il requisito in esame e la “*specificata natura delle funzioni delegate*”, a significare che si richiedono solo le cognizioni specialistiche strettamente correlate ai settori oggetto di delega.

In caso di inidoneità parziale del delegato, relativa cioè soltanto a taluna delle competenze trasferite, occorrerà verificare se la violazione commessa rientri nei rischi settoriali che egli non era in grado di gestire.

Sul piano più squisitamente dogmatico-sistematico suscita, in ogni caso, fondate riserve l’inquadramento legislativo del requisito *de quo* tra gli elementi costitutivi di una delega valida ed efficace⁹⁷, e quindi tra quelli che incidono sul piano oggettivo del trasferimento delle funzioni e della tipicità dell’omissione.

17 giugno 1997, n. 5780, Angelucci, rv. 208701 (“persona specializzata”); Id., 20 febbraio 2008, n. 7709, Augusto e altri, rv. 238526, in cui è stata ritenuta carente del requisito in esame una persona che, benché particolarmente capace nel settore delle materie plastiche, “non aveva frequentato corsi di qualificazione professionale ed era stata nominata quadro pochi giorni prima”.

⁹³ Così, invece, Cass., sez. IV, 18 ottobre 1990, n. 13726, Sbaraglia, rv. 185531; Cass., sez. III, 3 aprile 1992, n. 3840, Cardano, rv. 189936.

⁹⁴ In tal senso, in materia di disciplina igienica degli alimenti, Cass., sez. III, 20 marzo 1997, n. 5510, Spina e altro; in materia ambientale, Cass., sez. fer., 10 agosto 2000, n. 8978, Biadene, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 969, con nota di VALENZANO, *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, secondo cui “la stessa professionalità, che talvolta si richiede nel delegato, non va intesa dunque diversamente da quella che caratterizza l’imprenditore nel paradigma dell’art. 2082 c.c., e che si riferisce appunto alla organizzazione dei mezzi per la produzione o lo scambio dei beni e dei servizi”.

⁹⁵ VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 41 s.

⁹⁶ PULITANÒ, *Diritto penale*, 3ª ed., Torino, 2009, 496.

⁹⁷ Sul fatto che la scelta di un delegato privo di adeguata competenza ed esperienza incida sulla stessa validità della delega e quindi sull’idoneità a trasferire le funzioni, anche DOVERE, *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 4-2010, 105. Nella pregressa elaborazione dottrinale v. FIORELLA, *I principi generali*, cit., 121, 123, secondo cui “l’adeguatezza (oggettiva e soggettiva) dell’incarico rappresenta non il presupposto di efficacia del trasferimento di funzioni, ma il presupposto di una corretta organizzazione dell’impresa”; nonché GRASSO, *Organizzazione aziendale*, cit., 749, sulla spuria commistione di piani - tipicità e colpevolezza - che ha tradizionalmente contraddistinto l’elaborazione giurisprudenziale del modello di delega valida.

Sarebbe, infatti, più congruo riconoscere efficacia generatrice di un nuovo centro di imputazione di un reato proprio anche alla delega assegnata a persona in tutto o in parte inidonea, affrontando la questione dell'eventuale responsabilità del delegante sul piano della colpa. In questa prospettiva, l'assenza di adeguatezza soggettiva del delegato non costituirebbe diretta violazione di una regola 'modale' (volta cioè a conformare le specifiche modalità di svolgimento dell'attività produttiva per prevenire fatti lesivi dell'incolumità dei lavoratori), ma della cautela prodromica che impone di selezionare una persona dotata della competenza tecnica e dell'esperienza richieste dalle funzioni delegate⁹⁸. Nella specie, quindi, l'addebito colposo risalirebbe ad un livello più generale delle regole di diligenza che l'imprenditore è chiamato ad osservare, vale a dire l'obbligo strumentale di adeguata organizzazione dell'impresa in funzione del rispetto delle regole cautelari 'specifiche'⁹⁹, il quale richiede certamente anche un oculato esercizio della facoltà di delega¹⁰⁰. Così, muovendo dal presupposto che "il delegante può fare affidamento sulla corretta esecuzione dell'incarico solo se il delegato sia persona idonea e adeguata a svolgere il compito affidatogli"¹⁰¹, in assenza di tale condizione il garante originario potrebbe essere dichiarato corresponsabile dell'evento lesivo patito dal lavoratore a titolo di *culpa in eligendo*¹⁰². L'inidoneità del delegato, comunque, andrebbe accertata non *ex post* sulla base della mera inadempienza, ma secondo il criterio della prognosi postuma e assumendo come rimproverabili solo situazioni di inadeguatezza *ex ante* agevolmente distinguibili¹⁰³. Inoltre, secondo gli ordinari canoni dell'imputazione colposa, andrebbe appurato se l'evento lesivo verificatosi costituisca la realizzazione dello specifico pericolo che l'obbligo di congrua elezione del delegato intendeva prevenire (vale a dire un'inadeguata valutazione della situazione di fatto e delle misure preventive da adottare) e se la condotta conforme a diligenza (c.d. comportamento alternativo lecito) avrebbe evitato, nel caso concreto, il prodursi dell'evento¹⁰⁴.

⁹⁸ Sulla distinzione tra regole cautelari "modali" che "plasmano" l'esercizio di un'attività pericolosa e regole la cui osservanza si impone in un momento anteriore al suo esercizio, v. nella manualistica PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Torino, 2011, 343 s.

⁹⁹ Si tratta, nelle parole di PULITANO, voce *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, 108, del "dovere di buona organizzazione dell'impresa".

¹⁰⁰ Analogo addebito di colpa, fondato sullo scorretto esercizio dei poteri di organizzazione generale dell'attività preventiva, immanenti alla posizione verticistica del delegante, potrebbe essere mosso al datore di lavoro rimasto negligenemente inerte pur nell'acquisita consapevolezza della sopravvenuta inidoneità del delegato, dovuta a mutamenti nelle conoscenze tecno-scientifiche in materia di prevenzione e protezione.

¹⁰¹ BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., 2771.

¹⁰² In generale sulla *culpa in eligendo*, v. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 107.

¹⁰³ Infatti, come rileva limpidamente PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in Pera G. (a cura di), *Diritto del lavoro*, 6^a ed., Padova, 2000, 604 s., richiedendo che "la scelta del delegato sia particolarmente oculata, si rischia di vanificare il trasferimento, riproponendo la responsabilità del delegante ogni qual volta il delegato abbia commesso un fatto di reato".

¹⁰⁴ Per un riesame di questo duplice nesso normativo tra condotta colposa ed evento nel reato colposo di evento v., per tutti, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006, spec. 97 ss. Nella manualistica, cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 3^a ed., 2009, p. 308 ss.

A nostro avviso, però, tali riflessioni, fondate sui principi generali della responsabilità penale colposa, vanno in parte riconsiderate alla luce della scelta compiuta dal legislatore della riforma che, come detto, ha inquadrato la carenza di competenza specifica del delegato tra i fattori di “non ammissibilità” e, quindi, d’inefficacia *tout court* della delega¹⁰⁵. Si badi però: alla luce dell’art. 299 T.U.S. (v. sul punto anche § il 11) neppure un delegato inidoneo è riducibile a mero collaboratore del datore di lavoro, privo cioè di un’autonoma posizione di garanzia; egli, infatti, sulla base dell’esercizio in concreto di un fascio di poteri giuridici comunque equivalenti a quelli oggetto della delega (invalida), potrebbe comunque essere chiamato a rispondere del rispetto degli adempimenti doverosi cui essa si riferisce. Senonché, in assenza del requisito di cui alla lett. b) dell’art. 16 lo stesso delegante resterà interamente gravato di tutti gli adempimenti cautelari ‘modali’ che intendeva assegnare al delegato. In questo senso, della realizzazione di un evento lesivo (morte, infortunio o malattia professionale) potrebbero essere chiamati a rispondere sia il delegante che il delegato per la violazione della medesima regola tecnica.

Ovviamente, anche nell’attuale assetto normativo va bandito ogni automatismo probatorio che desuma l’inadeguatezza del delegato *a posteriori* dalla stessa violazione realizzata¹⁰⁶: l’inidoneità tecnica deve essere valutata *ex ante* dal giudice¹⁰⁷ e soprattutto, per giustificare un addebito colposo a carico del delegante, deve apparire in questo esame retrospettivo oggettivamente (e, per personalizzare il rimprovero, anche soggettivamente) riconoscibile¹⁰⁸. A tal fine è senz’altro utile – ancorché non necessitato – a fini probatori che della verifica compiuta dal dante causa resti traccia nel corpo della delega, vale a dire che essa dia conto delle specifiche qualità possedute dal ricevente. In ogni caso, secondo consolidata giurisprudenza, è il datore di lavoro a dover fornire la “prova rigorosa [...] di avere delegato ad altre persone tecnicamente qualificate l’incarico di seguire lo svolgimento delle varie attività [...]”¹⁰⁹.

Ove, invece, il delegante fosse addirittura consapevole dell’assoluta incompetenza del soggetto prescelto, ciò potrebbe costituire anche un chiaro indizio della natura fraudolenta del trasferimento di funzioni¹¹⁰, palesando “l’intento di utilizzare la delega come «paravento» penale”¹¹¹.

¹⁰⁵ In altra prospettiva, l’intero elenco di cui all’art. 16 descriverebbe “obblighi di diligenza attinenti alla colpa del delegante”: NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 110 ss., 112.

¹⁰⁶ Cfr. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1154.

¹⁰⁷ *Contra*, nel senso che tale requisito va apprezzato *ex post*, AMATO, *Le novità normative*, cit., 2100.

¹⁰⁸ Anche FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 320 ss., 322, invita alla cautela ove la mancanza di idoneità dell’incaricato non sia macroscopica, poiché, in tal caso, “un sindacato penetrante sulla qualificazione professionale dell’incaricato si risolverebbe, sul piano processuale, in una pesante ingerenza *ex post* sulle scelte imprenditoriali”.

¹⁰⁹ Così da ultimo Cass., sez. I, 19 gennaio 2010, n. 2273, inedita.

¹¹⁰ A tale ipotesi, soprattutto, ci sembra faccia riferimento la VITARELLI, *Delega di funzioni*, cit., 231, laddove osserva che il requisito *de quo* in realtà si risolve “nella conferma della esigenza di effettività della delega” anche sotto un profilo soggettivo.

¹¹¹ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in Pera (a cura di), *Diritto del lavoro*, cit., 604.

7.3. (Segue) il conferimento di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo (lett. c) e dell'autonomia di spesa (lett. d).

Sul piano dei contenuti della delega, l'art. 16 ne condiziona l'efficacia all'attribuzione al delegato di "tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate" (lett. c)), nonché dell'autonomia di spesa necessaria al loro espletamento (lett. d)). I due requisiti, di cruciale importanza, meritano di essere trattati congiuntamente, in quanto concorrono a definire la sfera di autonomia gestionale del delegato che giustifica, sul piano materiale, l'assunzione della posizione di garanzia derivata.

Essi, così, costituiscono la trasposizione normativa del *principio (giurisprudenziale) di effettività della delega valida*, la cui *ratio* si lascia facilmente decifrare. Fondamento sostanziale dell'originario obbligo di garanzia del delegante è il possesso di poteri giuridici e fattuali d'intervento in grado di assicurare una reale signoria sulle fonti di rischio per la salute e sicurezza. Conseguentemente, condizione saliente per il trapasso della *Garantenstellung* è che il delegato acquisisca poteri decisori e finanziari commisurabili a quelli del delegante, s'intende nei limiti delle competenze funzionali specificamente trasferite¹¹². In altre parole, occorre assicurare anche sul versante del destinatario della delega quel connubio tra poteri e doveri e quell'effettiva presa in carico del bene giuridico da tutelare, su cui si basa l'originaria posizione di garanzia del datore di lavoro.

Tra i *poteri organizzativi* suscettibili di attribuzione al delegato possono menzionarsi quelli di: direzione e coordinamento di dipendenti e unità dell'ente per ciò che attiene agli aspetti della sicurezza; determinazione delle condizioni, delle fasi e dei tempi per lo svolgimento in sicurezza del processo produttivo; controllo dei requisiti di idoneità degli appaltatori, ecc; tra i *poteri di gestione*, ad esempio: la gestione dei rischi, delle emergenze, degli appalti e della formazione del personale, sempre per ciò che riguarda i profili della prevenzione; tra i *poteri di controllo*: il libero accesso ai luoghi di lavoro, la possibilità di dialogare liberamente con i lavoratori, le rappresentanze sindacali e soggetti esterni, il diritto di accedere ai documenti aziendali per acquisire informazioni rilevanti per le scelte da compiere in materia di prevenzione, la vigilanza sul rispetto delle misure prevenzionali da parte dei lavoratori, il potere di irrogare o concorrere all'applicazione di sanzioni disciplinari in caso di violazione della normativa antinfortunistica e delle procedure aziendali di sicurezza, ecc.

Senza un effettivo trasferimento di poteri sufficienti si avrà, pertanto, o una delega 'parziale'¹¹³ o un mero "incarico di esecuzione"¹¹⁴, vale a dire l'affidamento di

¹¹² In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 16138, cit., secondo cui "soltanto un delegato dotato di poteri decisionali e di spesa può esercitare concretamente la vigilanza ed intervenire per eliminare gli inconvenienti o per effettuare gli interventi necessari per la sicurezza e la salute dei lavoratori".

¹¹³ Così, in una vicenda processuale avente ad oggetto il decesso di lavoratori esposti all'inalazione di fibre di amianto, è stata ritenuta inefficace la delega conferita dai rappresentanti legali della società (presidenti dei consigli di amministrazione succedutisi nel tempo) senza l'attribuzione dei poteri di disporre gli atti di straordinaria amministrazione necessari ad operare le trasformazioni del sistema produttivo che avrebbero impedito la dispersione delle fibre di amianto negli ambienti di lavoro: Cass., sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 47380, Pilato e altri, inedita.

meri atti esecutivi rientranti nelle competenze del delegante (se non una delega spuria o di facciata, allorché il delegante sia animato da intenti prettamente elusivi della responsabilità).

Il fatto, però, che l'attribuzione dei poteri debba essere commisurata alla "*specifica natura delle funzioni delegate*" fa sì che non sia indispensabile una devoluzione integrale dei compiti di tutela geneticamente spettanti al delegante, quale destinatario del precetto penale. Perché un soggetto possa essere qualificato datore di lavoro deve necessariamente disporre del più ampio spettro di poteri decisionali o di spesa relativi all'ente o ad una sua unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e tecnico-gestionale (art. 2, comma 1, lettera b) T.U.S.). Con la delega, però, il datore di lavoro può legittimamente limitarsi a trasferire singole porzioni della sua originaria sfera di doveri prevenzionistici, come la gestione di singoli rischi, l'acquisto e la messa a disposizione dei lavoratori dei DPI, il controllo sul rispetto delle misure preventive adottate, ecc. D'altra parte, neppure sono rinvenibili – diversamente dalla subdelega – ostacoli di sorta al conferimento di una delega c.d. *omnibus*, cioè estesa a tutti i doveri datoriali non espressamente dichiarati indelegabili¹¹⁵.

Specularmente, per quanto concerne l'attribuzione al delegato degli *strumenti finanziari* necessari allo svolgimento delle funzioni demandategli, sebbene la legge parli di "autonomia di spesa", contrasterebbe con normali esigenze di corretta gestione delle risorse economiche, cruciali anche per un'efficace *compliance* aziendale ex d.lgs. n. 231/2001, ipotizzare una disponibilità finanziaria illimitata e svincolata da qualsiasi controllo. Tanto più che, in base alla legge, la capacità finanziaria deve essere rapportata alla misura delle funzioni concretamente delegate. Pertanto, tale parametro non sarebbe vanificato dalla fissazione di un tetto di spesa¹¹⁶, purché il *budget* assegnato al delegato (direttamente nella delega o in una procura separata) appaia congruo, secondo una valutazione *ex ante*, per l'espletamento efficace dei compiti prevenzionali trasferiti¹¹⁷. Però, nei limiti dei mezzi finanziari assegnati, il delegato deve poter impegnare risorse economiche senza necessità di autorizzazione preventiva del delegante o di altri soggetti. A tale spazio di autonomia è corretto, comunque, affiancare un *dovere di rendicontazione periodica*¹¹⁸, necessario a consentire un controllo a consuntivo sullo svolgimento delle funzioni delegate da parte del conferente.

Cosa accade, però, qualora affiorino esigenze di spesa non preventivate e comunque eccedenti la dotazione finanziaria del delegato (o, più in generale, i poteri

¹¹⁴ Sulla distinzione tra vero e proprio "incarico di funzioni" e mero "incarico di esecuzione" (in base al quale il ricevente non diviene soggetto attivo del reato proprio diretto al dante incarico e questi conserva integralmente la sua posizione di garanzia), resta fondamentale FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 45 ss.; ID., *I principi generali*, cit., 83 ss. Nella dottrina giuslavoristica v., per tutti, BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 435.

¹¹⁵ Di questo avviso anche SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 350.

¹¹⁶ In senso conforme AMATO, *Le novità normative*, cit., 2102.

¹¹⁷ In quest'ottica, il requisito in esame non potrebbe ritenersi esaudito quando, nonostante il conferimento di "pieni poteri in via esclusiva ed una grande responsabilità" in relazione ad uno stabilimento industriale di rilevante ampiezza, sia stato attribuito "un potere di spesa [...] molto limitato": così Cass., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7709, cit.

¹¹⁸ Così anche SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 340.

attribuitigli)? In tal caso deve piuttosto ritenersi gravante sul delegato – ed è opportuno che la delega lo sottolinei – un *obbligo di segnalazione tempestiva* al dante causa¹¹⁹, e – nelle more dell'intervento del dante causa – un *obbligo di sospensione* delle attività a rischio, qualora la loro prosecuzione appaia intollerabile in assenza di immediati interventi correttivi. In presenza di una segnalazione sorge, a sua volta, in capo al delegante un *dovere di intervento tempestivo*¹²⁰ (o di autorizzazione al delegato di intervenire in sua vece, assicurandogli l'integrazione finanziaria richiesta dalle circostanze). Pertanto, in caso di inerzia o ingiustificato diniego di autorizzare una spesa che avrebbe impedito il verificarsi dell'evento lesivo, sarà il solo delegante a doverne rispondere. Nel caso di specie, comunque, non sembra corretto parlare – come riscontrabile talvolta nel lessico giurisprudenziale¹²¹ – del venir meno di una condizione di validità (o di perdita di efficacia della delega), giacché ad essere in ballo è l'esercizio di poteri e l'impiego di risorse economiche di cui il delegato non dispone.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, i requisiti di cui alle lett. c) e d) non sembrano ricalcare pedissequamente la tradizionale pretesa giurisprudenziale di “una completa autonomia decisionale e gestionale” e di una “piena disponibilità economica”¹²² del delegato. Si tratta, infatti, di dettami che, presi alla lettera, impedirebbero di ritenere valide deleghe limitate a singoli aspetti della gestione dei rischi o prive dell'attribuzione al delegato di un potere di spesa pressoché illimitato. Essi, pertanto, non solo non tengono conto delle esigenze di corretta gestione delle risorse aziendali, ma peccano anche di scarso realismo alla luce della natura ordinariamente pluripersonale dei processi decisionali relativi all'attività prevenzionistica (ben lontani dall'immagine classica del garante originario, e specularmente del delegato, quale decisore dotato di tutte le informazioni e cognizioni necessarie a prendere solitariamente, dopo un'ampia e ponderata riflessione, le decisioni in grado di neutralizzare i rischi per la sicurezza¹²³).

¹¹⁹ Sul dovere di segnalazione di necessità di intervento, facente capo al delegato in caso di limitazione di poteri di spesa, v. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 71 e in giurisprudenza Cass., sez. III, 3 maggio 1996, n. 4422, Altea, cit., in materia ambientale.

¹²⁰ Così la sentenza Cass., sez. fer., 3 agosto 2000, n. 8978, Biadene, cit., in cui si afferma, altresì, che “solo in presenza di tali segnalazioni, accompagnate da specifiche richieste che trascendano i poteri delegati, la responsabilità del proponente si ricostituirebbe, anche sotto il profilo penale”.

¹²¹ Cfr., ad es., Cass., III, 17 gennaio 2000, n. 422, Natali, cit.; Id., 27 maggio 1996, n. 5242, cit., che tra i criteri di natura soggettiva “per ritenere legittima ed applicabile” la delega annovera “l'insussistenza di una richiesta d'intervento da parte del delegato”.

¹²² V. testualmente, in materia di salute e sicurezza, Cass., sez. III, 5 novembre 2002, n. 246, Di Lena, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 508; conf., *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7709, cit.; Id., 5 settembre 1997, Bombardieri, in *Isl*, 1997, 11, 641 e, ancora di recente, Cass., sez. IV, 15 marzo 2011, n. 16311, in *Guida al dir.*, n. 9-2009, 99, secondo cui il delegato dovrebbe avere “una piena ed autonoma capacità di spesa, tale da consentirgli una gestione completa ed efficiente del sistema antinfortunistico” (principio però affermato in una vicenda concreta in cui la dotazione finanziaria mancava del tutto).

¹²³ Per approfondimenti sulla natura collettiva dei processi decisori aziendali e le sue implicazioni penalistiche, sia permesso il rinvio a MONGILLO, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 356 ss. V. anche PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in PERA, *Diritto del lavoro*, cit., 605, per una critica all'idea che il trasferimento di funzioni “si realizzi secondo moduli di competenza esclusiva”.

La necessità della forma scritta, unitamente al reiterato riferimento, in seno all'art. 16, alla “*specifica natura delle funzioni delegate*” (lett. *b*, *c*, *d*)), implica che l'atto di delega debba esplicitare, accanto alle competenze prevenzionistiche devolute, anche gli specifici poteri decisionali e finanziari trasferiti al delegato. In tal senso il requisito della “specificità” e “puntualità” della delega, che già prima dell'entrata in vigore del testo unico costituiva *ius receptum*¹²⁴, risulta ora evincibile dalle condizioni espressamente positivizzate dal legislatore, con la conseguente inefficacia di deleghe generiche o indeterminate¹²⁵. Non sarebbero ammissibili, quindi, deleghe che si limitassero ad enunciare, ad esempio, che “la S.V. è delegata all'adempimento di tutti gli obblighi in materia antinfortunistica”; nulla osta invece ad un rinvio recettizio agli adempimenti prevenzionistici imposti dalla legge, richiamando i rispettivi riferimenti normativi (o altro documento, conoscibile dal delegato, che ne faccia espressa menzione)¹²⁶.

Ovviamente, potendo la delega essere anche simulata, la giurisprudenza continuerà verosimilmente a non accontentarsi, ai fini dell'accertamento dell'attribuzione dei poteri decisionali e di spesa, di un riscontro puramente cartaceo, ma estenderà il controllo all'effettiva assunzione degli strumenti organizzativi, gestionali ed economici necessari al soddisfacimento delle esigenze di sicurezza¹²⁷.

Va, inoltre, considerato che la delega può dispiegare efficacia esonerante per il dante incarico fintantoché l'assegnazione dei poteri al delegato resti attuale e questo conservi, anche sotto il profilo logistico, la possibilità materiale di farne uso. In tal senso, anche a prescindere da una revoca espressa della delega, può ritenersi fattore interruttivo – o comunque sospensivo – della sua efficacia, il *trasferimento del delegato presso altra sede*, lontano dalla sorgente dei pericoli da controllare, tutte le volte in cui la prossimità al luogo di lavoro sia essenziale per un corretto assolvimento delle funzioni affidate¹²⁸.

Nel sancire l'esigenza di effettività della delega la giurisprudenza tradizionale aggiungeva il corollario che l'autonomia è reale solo se “affrancata [...] da ogni ingerenza del delegante”¹²⁹. Di conseguenza era considerata causa d'inefficacia (sopravvenuta) della delega qualsiasi interferenza del dante causa, come il decidere in luogo dell'incaricato impartendo ordini a lui o ai suoi subordinati oppure intervenendo senza motivo in sua vece, l'ostacolare le spese da questi deliberate, il non conferire le risorse prestabilite, ecc. Simili fattori di intralcio, ove sussistenti *ab origine*, certamente minerebbero l'effettività del trasferimento, svelando la sua artificiosità (e quindi

¹²⁴ V., tra le tante, Cass., sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17515, cit.

¹²⁵ Sull'invalidità di una delega generica, da ultimo, Cass., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7709, cit. In dottrina v. RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 341.

¹²⁶ SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 349.

¹²⁷ Cfr. Cass, sez. IV, 9 giugno 2004, n. 36769, Cricchi, in *Cass. pen.*, 2005, 3063, con nota di VENAFRO.

¹²⁸ Per un caso di questo tipo v. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2008, n. 15234, Leonardi, rv. 240210. In dottrina, sulla presenza sul posto di lavoro quale requisito tacito di validità della delega, AMATO, *Sicurezza sul lavoro/1. I profili di responsabilità*, *Inserito a Guida dir.*, 2008, 20, VII.

¹²⁹ *Ex multis*, Cass., sez. III, 19 marzo 2007, n. 11567, inedita; Id., 23 maggio 1996, n. 5242, cit.; Id., 23 marzo 1994, Del Maestro, cit.

l'insussistenza delle condizioni di cui alle lett. c) o d))¹³⁰. Siccome, tuttavia, l'ingerenza interviene di norma *ex post*, svuotando di contenuto l'atto di trasferimento di funzioni già perfezionatosi, correttamente l'art. 16 tace su tale elemento nel determinare i contorni di una valida delega¹³¹.

Va, d'altra parte, notato che la giurisprudenza ha talvolta concepito tale condizione 'negativa' in modo eccessivamente dilatato, attribuendo valore elidente a qualsivoglia intromissione nell'attività dell'incaricato. Diversamente, andrebbe riconosciuta portata estintiva della delega soltanto ad intrusioni nelle scelte del delegato che denotino una chiara volontà di sopprimere, in tutto o in parte, gli effetti del precedente atto di trasferimento di funzioni. Detto più precisamente: "l'interferenza del dante incarico, per comportare la reviviscenza della sua responsabilità, de[ve] postulare, o comunque implicare una riassunzione dei poteri da parte del dante incarico con corrispondente limitazione o annullamento dei poteri dell'incaricato": situazione che può condurre o alla istituzione di una competenza concorrente tra dante incarico e incaricato o alla radicale conversione dell'incarico di funzioni in semplice incarico di esecuzione¹³².

La giurisprudenza ha da sempre inquadrato tra i fattori impeditivi dell'esonero di responsabilità del delegante, anche la riconducibilità del reato alla *gestione centrale dell'azienda*¹³³, vale a dire a *carenze organizzative o strutturali* ascrivibili, in ultima analisi, al vertice¹³⁴. In realtà, ove la disfunzione gestionale palesata dall'illecito dipenda effettivamente da scelte estranee al contenuto della delega e risalenti al livello più alto dell'organizzazione, ad essere assente è la stessa signoria del delegato sulla gestione del rischio a lui affidata (o, al più, ci si troverebbe di fronte ad una competenza concorrente). Nei casi in oggetto, infatti, sui processi decisionali apparentemente facenti capo al delegato convergono, in modo assorbente, scelte organizzative e di politica aziendale spettanti ai livelli più elevati della gerarchia aziendale. Si tratta, in altre parole, di rischi che il delegato non può fronteggiare con i suoi poteri e rispetto ai quali può al massimo affermarsi un dovere di informazione tempestiva nei confronti del vertice aziendale¹³⁵. Talvolta, però, la giurisprudenza fonda la responsabilità del datore di lavoro per *deficit* strutturali o del processo produttivo non tanto sulla reale titolarità di poteri decisionali afferenti alla sfera di rischio scaturito nell'illecito, quanto sui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega (obblighi che, secondo una recente sentenza, graverebbero, nelle società per azioni, sull'intero consiglio di amministrazione, anche

¹³⁰ Conf. BASENGHI, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, cit., 195.

¹³¹ Analoga considerazione in VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 46 s.

¹³² Così, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 282.

¹³³ In tal senso, in materia ambientale, Cass., sez. III, 14 settembre 1993, Robba, rv. 194993; Id., 19 maggio 1993, Biondi, in *Cass. pen.*, 1994, 1938. In dottrina, v. VITARELLI, *Delega di funzioni*, cit., 256.

¹³⁴ V., in materia di inquinamento delle acque, dove pronunce di siffatto tenore sono più frequenti, da ultimo, Cass., sez. III, 10 luglio 2007, n. 26708, in *Dir. e giur. agr.*, 2008, 341, con nota di LO MONTE, secondo cui la responsabilità del delegante permane se l'offesa è ascrivibile a "cause strutturali" e "implicanti l'impiego di risorse finanziarie anche ingenti". In materia antinfortunistica v. Cass., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, cit.; Id., 6 febbraio 2007, n. 12794, Chirafisi, rv. 236279.

¹³⁵ Cfr. VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 44.

in presenza di una delega specifica e comprensiva di poteri decisionali e di spesa ad uno dei suoi membri)¹³⁶. A nostro avviso, però, occorrerebbe evitare che il concetto di ‘carenza strutturale’ (intesa come qualsiasi disfunzione non occasionale ma di sistema) sia utilizzato come mera formula retorica per privare di efficacia deleghe che abbiano comportato l’effettivo trasferimento al delegato di poteri sufficienti alla gestione dei rischi sfociati nell’illecito. Senza dimenticare, peraltro, che significativi difetti strutturali dell’attività prevenzionistica potrebbero essere ricondotti, piuttosto, ad uno scorretto adempimento degli obblighi di corretta valutazione del rischio, i quali – come visto – rientrano nella sfera di doveri indelegabili del datore di lavoro.

8. La pubblicità della delega (comma 2).

L’art. 16 prescrive, al comma 2, un ulteriore adempimento di segno procedurale, in base al quale alla delega deve essere “*data adeguata e tempestiva pubblicità*”.

Ciò costituisce un’ulteriore riprova dell’irrelevanza, nello specifico settore della sicurezza sul lavoro, di deleghe “di fatto” o “implicite” a fini di esonero del datore di lavoro¹³⁷. Non è chiaro, però, se il legislatore abbia inteso far assurgere anche l’esigenza in parola a requisito di validità delle delega, sulla scorta di un noto orientamento giurisprudenziale¹³⁸, il quale, per giunta, non si appagava della divulgazione dell’atto di delega all’interno dell’azienda, ma richiedeva una pubblicità esterna¹³⁹, “attraverso annotazioni statutarie o con altre forme atte a garantire la integrale conoscenza esterna del conferimento dei poteri”¹⁴⁰.

Il fatto che il nuovo comma 3-*bis* dell’art. 16 accomuni le prescrizioni di cui ai comma 1 e 2 sotto l’etichetta di “*condizioni*” della delega, vincolanti anche per la subdelega, può ritenersi una semplice imperfezione lessicale, posto che, se il legislatore avesse realmente voluto parificare la pubblicità agli altri presupposti di efficacia, l’avrebbe senz’altro collocata nell’elenco di cui al comma 1.

In realtà, la pubblicità in esame ha una funzione meramente *informativa* e di agevolazione della conoscenza del fatto giuridico costituito dalla delega di funzioni. Volendo ricorrere – non senza un margine di approssimazione – ad un lessico usuale nel diritto civile, potrebbe dirsi che essa è assimilabile più ad una forma di ‘*pubblicità-notizia*’, che di ‘pubblicità costitutiva’ (cioè condizionante la validità dell’atto) o ‘dichiarativa’ (necessaria per l’opponibilità a terzi).

L’inadempimento di tale dovere informativo da parte del delegante – peraltro piuttosto improbabile, considerato l’ovvio interesse a far conoscere il trasferimento di

¹³⁶ Così Cass., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Guida al dir.*, n-49/50-2010, 77.

¹³⁷ Conf. GIULIANI, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, cit., 133 s. Sull’irrelevanza giuridica di una delega inespressa o implicita nel nuovo contesto normativo, anche AMATO, *Le novità normative*, cit., 2098.

¹³⁸ V., ad es., Cass., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, cit.

¹³⁹ Cfr., in materia di ambiente, Cass., sez. III, 3 17 gennaio 2000, n. 422, Natali, rv. 215159; più di recente, sez. IV, 11 marzo 1999, n. 3250, Mercuri, inedita.

¹⁴⁰ Cass., sez. III, 31 maggio 1986, n. 4585, Cancarini, rv. 172896.

obblighi propri a terzi¹⁴¹ – potrà al più rilevare, *sul piano probatorio*, come indizio di negligenza organizzativa imputabile al dante causa (potendo denotare scarsa trasparenza organizzativa, creare incertezza su chi sia investito di fondamentali responsabilità prevenzionistiche e persino dar luogo a contestazioni endoaziendali in merito alle decisioni del delegato), ovvero come sintomo di inattendibilità del trasferimento dei poteri¹⁴².

A confermare l'estraneità della pubblicità al novero dei presupposti di validità della delega è anche l'assoluto silenzio normativo sulle *modalità* e sull'*ambito* della divulgazione. Infatti, di norma, quando la legge subordina alla pubblicità di un atto il prodursi di determinati effetti giuridici o la sua stessa validità, si cura anche di specificare i mezzi adottabili.

Nel caso di specie, invece, ogni valutazione al riguardo è rimessa al delegante, il quale – ove intendesse assicurare la conoscibilità dell'atto anche al di fuori del recinto aziendale – ben potrebbe ricorrere all'iscrizione nel registro delle imprese, mutuando il regime codicistico delle procure rilasciate ad institori (art. 2206 c.c.) e procuratori (art. 2209 c.c.)¹⁴³.

In ogni caso, la legge sembra accontentarsi della diffusione dell'atto all'interno dell'ente, come confermato anche da un parere del Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento per la regolazione del mercato del 23 settembre 2008 n. 31280, secondo cui il fatto che la disposizione in esame *“imponga l'obbligo della pubblicità del nominativo del soggetto deputato alla sicurezza non comporta di per sé che lo strumento più adeguato sia il registro delle imprese. [...] in questo caso è sufficiente che venga data notizia con mezzi che soddisfino una forma di pubblicità interna al luogo di lavoro. In tal modo l'informazione risulta più efficace in quanto di apprendimento più facile e immediato”*. Sotto questo profilo, possono ritenersi *modalità adeguate di pubblicità infraziendale*: l'affissione di un avviso in un luogo accessibile a tutti come la bacheca aziendale (sulla scia di quanto richiesto dall'art. 7, comma 1, l. n. 300/1970 per la validità del codice disciplinare aziendale¹⁴⁴), nonché circolari interne, comunicazioni scritte allegate alla busta paga, pubblicazione sull'*intranet* aziendale, comunicazioni nell'ambito di incontri assembleari, ecc.¹⁴⁵.

L'esigenza di *tempestività*, infine, può ritenersi soddisfatta pubblicizzando l'atto lo stesso giorno del suo conferimento o nei giorni lavorativi immediatamente successivi.

¹⁴¹ Lo nota anche BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2-2008, 437.

¹⁴² V., in tal senso, AMATO, *Le novità normative*, cit., 2106, secondo cui la pubblicità può rilevare *“in punto di attendibilità del documento scritto portante la delega e l'accettazione del delegato”*. *Contra*, per la sua incidenza sull'effettività della delega, RUSSO, *Delega di funzioni*, cit., 343. Ritiene che anche la pubblicità integri una regola cautelare, nella specie volta a prevenire sovrapposizioni di competenze e contestazioni alle iniziative del delegato, NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 113.

¹⁴³ A favore di tale opzione SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 346.

¹⁴⁴ Per questa soluzione, BACCHINI, *Misure di tutela ed obblighi*, cit., 258, che si esprime invece dubitativamente sull'adeguatezza di modalità più informali di comunicazione.

¹⁴⁵ Conf., ad es., D'ANGELO, *Infortuni sul lavoro*, cit., 269.

9. Tassatività dei requisiti legali di validità della delega. L'irrelevanza delle dimensioni dell'impresa.

La chiara derivazione della regolamentazione positiva della delega di funzioni dalla pregressa opera plasmatrice della giurisprudenza deve far ritenere assolutamente *tassativa* l'elencazione dei requisiti di ammissibilità contenuta nell'art. 16. Tale conclusione è imposta non solo dal classico criterio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, ma anche dal canone di stretta legalità che governa, specificamente, la materia penale.

Al riguardo, ci siamo già soffermati sull'irrelevanza, nel nuovo assetto normativo, di requisiti come l'espressa autorizzazione della delega in sede statutaria, nonché sulla mancata menzione nell'art. 16 – in quanto condizioni sopravvenute di ineffettività – di fattori come l'ingerenza del delegante, l'acquisita consapevolezza di inadempienze da parte del delegato, ecc.

Pertanto, ora merita soffermarsi soprattutto sul dato delle *notevoli dimensioni dell'impresa*, che in passato la giurisprudenza largamente maggioritaria annetteva alla folta schiera dei requisiti c.d. 'oggettivi' di operatività della delega, deducendo proprio dall'elemento dimensionale la necessità di decentrare compiti e responsabilità¹⁴⁶. Tale stereotipo, però, già prima del nuovo testo unico mostrava vistosi cedimenti¹⁴⁷ ed era in via di progressivo superamento nella più recente sistemazione giurisprudenziale che, in linea con un diffuso sentire dottrinale¹⁴⁸, aveva cominciato ad ammettere la trasferibilità delle funzioni anche in imprese di piccole dimensioni o a struttura più semplificata.

Nel settore della sicurezza sul lavoro, in particolare, si era iniziato a comprendere che il legislatore, selezionando gli adempimenti non delegabili del datore di lavoro senza attribuire alcun rilievo alle dimensioni dell'ente (già comma 4-ter dell'art. 1 d.lgs. n. 626/1994), non solo aveva riconosciuto "implicitamente e a contrario la delegabilità" di tutti gli altri obblighi, ma aveva altresì indirettamente escluso che la grandezza dell'azienda potesse condizionare la validità del trasferimento¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Così già la giurisprudenza più risalente: Cass., 16 marzo 1965, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, 981. Più di recente v., Cass., sez. IV, 26 agosto 1999, n. 10189, in *ISL*, 1999, 11, 654, in cui il principio in esame fu desunto anche dall'art. 10 d. lgs. n. 626/1994, che imponeva la presenza del RSPP solo nelle aziende o unità produttive con più di trenta addetti.

¹⁴⁷ V., ad es., Cass., sez. IV, 14 marzo 1987, Aquilani, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 729.

¹⁴⁸ Cfr., per tutti, VASSALLI F., *La responsabilità penale per il fatto dell'impresa*, in Iori, *Organizzazione dell'impresa e responsabilità penale*, Firenze, 1981, 33; MINGHELLI, *Dimensioni dell'impresa ed efficacia della delega di funzioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 855; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 61, 69 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 435; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 317 ss.; ALESSANDRI, *Parte generale*, in Pedrazzi – Alessandri – Foffani – Seminara – Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2000, 72 s.; CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni*, cit., 377 e nt. 45.

¹⁴⁹ Così Cass., sez. III, 15 luglio 2005, n. 26122, cit. Nella dottrina, in luogo di molti: GUARINIELLO, *Prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro (diritto penale)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Conti, Padova, 2001, vol. XXV, 746; VENEZIANI, voce *Lavoro. Commento al d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626*, in Palazzo – Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1675.

Ma a sostegno di tale *revirement* giurisprudenziale erano state addotte anche ragioni più sostanziali. Sotto questo profilo, l'esigenza di decentramento delle responsabilità può scaturire non solo dal dato quantitativo delle notevoli dimensioni aziendali, ma anche dal "requisito qualitativo della complessità organizzativa o tecnica del processo produttivo"¹⁵⁰ e dalla numerosità e complessità degli "adempimenti tecnici ed amministrativi connessi alla direzione delle imprese moderne, che risultano identici quali che sia la dimensione dell'impresa"¹⁵¹. Essi, così, possono rivelarsi insostenibili anche per il capo di una piccola o media struttura imprenditoriale, in quanto sprovvisto delle cognizioni specialistiche o del tempo necessario a conformarsi a tutte le pretese ordinamentali.

V'è da salvaguardare, inoltre, la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), che impone di non interferire immotivatamente nelle legittime scelte organizzative di un imprenditore, che potrebbe anche essere titolare di altre piccole aziende (così da non poterle seguire tutte assiduamente) o preferire che un dirigente aziendale, dotato di specifica professionalità, assuma la responsabilità di un settore a così alto tasso tecnico come quello della sicurezza¹⁵².

A tali argomenti si salda ora il dato testuale dell'art. 16, che, tacendo sulle dimensioni organizzative, ne conferma l'irrilevanza ai fini della validità della delega nelle materie disciplinate dal d.lgs. n. 81/2008¹⁵³. In definitiva, ciò che ora mette conto di verificare in modo scrupoloso nelle piccole imprese, è se la delega non sia un semplice *escamotage* utilizzato dal vertice per scaricare le proprie responsabilità su soggetti privi di reali poteri decisionali.

10. Gli effetti della delega di funzioni secondo il d.lgs. n. 81/2008. Il recepimento dell'indirizzo dottrinale 'intermedio'.

Restano da illustrare gli effetti di una delega di funzioni rispettosa di tutte le condizioni sancite dall'art. 16, comma 1, chiarendo – in particolare – se essa comporti un esonero da responsabilità totale, o soltanto parziale, del delegante e se sia in grado di costituire una nuova posizione di garanzia in capo al delegato.

Il profilo dell'efficacia della delega ha sempre rappresentato il vero *punctum dolens* della materia.

Senza poter dar conto in questa sede di un dibattito assai articolato e pluridecennale, ci limitiamo a ricordare che la disputa verte, essenzialmente, sull'efficacia meramente 'soggettiva' ovvero 'oggettiva' della delega.

¹⁵⁰ Testualmente, nel settore dell'igiene degli alimenti, Cass., sez. III, 13 settembre 2005, n. 33308, in *Cass. pen.* 2006, 2928; conf., in materia antinfortunistica, Id., 15 luglio 2005, n. 26122, cit.

¹⁵¹ Così, Cass., sez. III, 26 maggio 2004, n. 1112, inedita.

¹⁵² Cfr. Cass., III sez., 13 marzo 2003, n. 22931, Conci, in *Cass. pen.*, 2004, 4204.

¹⁵³ In questo senso, tra gli altri, BRUSCO, *La delega*, cit., 2778; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1147 s.; VALENTINI, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 298. Secondo un'altra opinione resta imprescindibile l'oggettiva necessità della delega alla luce della complessità gestionale dell'ente: SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 342 s.

Nella prima prospettiva, la delega rileva, rispetto al delegante, “sul piano subiettivo [...] della colpevolezza”¹⁵⁴, sul presupposto dell’inderogabilità del precetto penale che impedirebbe ad un atto di autonomia privata di mutare il destinatario ‘proprio’ degli obblighi penalmente sanzionati (c.d. *teoria formale-soggettiva*).

Nell’impostazione *oggettivistica*, invece, l’atto dispositivo organizzatorio incide sulla stessa tipicità dell’omissione. La dottrina, però, si è divisa ulteriormente tra quanti attribuiscono alla delega la capacità di spostare la titolarità della qualifica soggettiva richiesta dal reato ‘proprio’, ovvero soltanto di modificare i contenuti dell’obbligo di garanzia del delegante: i primi riconoscono alla delega un’efficacia pienamente liberatoria per il dante causa, purché ad essa faccia da *pendant* un effettivo trasferimento di poteri decisionali (c.d. *teoria funzionale*)¹⁵⁵; i secondi affermano la persistenza di doveri penalmente rilevanti (essenzialmente di vigilanza e coordinamento organizzativo) sul delegante, nonostante la costituzione di una nuova posizione di garanzia ‘derivata’ in capo al delegato (c.d. *teoria intermedia o formale-oggettiva*)¹⁵⁶.

Si tratta di una controversia che risente, in gran parte, dei diversi modi di intendere la struttura e il fondamento dei c.d. reati propri¹⁵⁷ e, correlativamente, delle posizioni di garanzia rilevanti per un’imputazione a titolo di omissione impropria.

A questi interrogativi, densi di implicazioni dommatiche, il legislatore del 2008 ha cercato di dare una risposta risolutiva, sancendo espressamente, al comma 3 dell’art. 16, che “la delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite”.

La norma assume un rilievo centrale sotto diversi profili.

1) Innanzitutto, il messaggio chiave da essa veicolato è che il datore di lavoro non può, delegando, disinteressarsi delle problematiche della sicurezza; un *caveat* peraltro già implicito nella previsione di taluni compiti indelegabili. La vigilanza, però, oltrepassa il dovere di corretta programmazione dell’attività prevenzionistica, perché

¹⁵⁴ Per questa tesi v., soprattutto, PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., spec. 61 ss., 80 ss.; ID., *Diritto penale del lavoro*, in PERA, *Diritto del lavoro*, cit., 603-606. Secondo l’A. la delega incide sulla misura di diligenza esigibile dal datore di lavoro (in particolare rispetto al dovere di accertarsi che il delegato usi concretamente la delega secondo quanto stabilito), la quale dipenderebbe anche dalla complessità e articolazione della struttura aziendale, dal grado di autonomia attribuita al delegato e dalla sua qualificazione professionale.

¹⁵⁵ Cfr., soprattutto, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., *passim*; ID., *I principi generali*, cit., 83 ss.; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell’impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 21 ss., secondo cui però “una delega non sposta mai (o quasi mai) tutti i poteri e doveri: normalmente rimangono almeno doveri di controllo e di vigilanza”; PALOMBI, *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, diretto da Di Amato, Padova, 1990, 267 ss. Sulle motivazioni di carattere empirico di questo indirizzo sia consentito il rinvio a MONGILLO, *Delega di funzioni*, cit., 353 ss. In giurisprudenza hanno recepito, in materia ambientale, tale chiave di lettura: Cass., sez. fer., 3 agosto 2000, n. 8978, Biadene, cit.; ID., 22 agosto 2000, n. 9378, Guarnone, in *Foro it.*, 2001, II, 357; nel settore dell’antinfortunistica, v. Cass., sez. III, 3 aprile 1998, n. 4162, in *ISL*, 1998, 271; Cass., sez. IV, 14 marzo 1987, Aquilani, cit.

¹⁵⁶ V. PEDRAZZI, *Profili problematici*, cit., 138 ss.; GRASSO, *Organizzazione aziendale*, cit., 750 ss.; ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., 213 s., VITARELLI, *Profili penali della delega*, cit., spec. 39-42, e, sia pure con qualche diversa sfumatura, PULITANÒ, *Organizzazione dell’impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, 8 s.; ID., *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, spec. 106-108.

¹⁵⁷ Cfr. GULLO, *Il reato proprio*, Milano, 2005, *passim*, spec. 121.

esprime la necessità di informarsi, nella fase attuativa, sulla gestione della delega e intervenire in via sostitutiva, ogni qual volta ciò sia richiesto dal mancato o inidoneo esercizio dei poteri-doveri oggetto di trasferimento.

2) Sul piano dogmatico, dall'inciso "*funzioni trasferite*", in uno con la descrizione legislativa delle condizioni di ammissibilità della delega (art. 16, comma 1), si evince chiaramente la sua operatività sul *piano oggettivo della tipicità*¹⁵⁸. Avendo, però, la legge espressamente sancito, quale residuo ineliminabile, l'obbligo di vigilanza del delegante sul corretto espletamento delle funzioni trasferite (comma 3), essa ha attribuito alla delega un'efficacia solo parzialmente liberatoria e non un reale subentro del delegato nella posizione di garanzia del dante incarico. Di conseguenza:

a) la delega, sul piano della ripartizione delle posizioni di garanzia, è in grado di costituire nuove figure di garanti derivati, ma non di produrre un simmetrico effetto estintivo in capo al delegante; la posizione di garanzia del concedente, peraltro, non resta inalterata, ma si riduce proporzionalmente all'estensione delle funzioni delegate, rispetto alle quali permane un mero dovere di vigilanza (e quindi non di adempimento pieno e diretto);

b) dello scorretto esercizio delle funzioni realmente e validamente decentrate, e finché il trasferimento perduri, il dante incarico potrà rispondere solo a titolo di partecipazione (attiva od omissiva per *culpa in vigilando*).

In questo modo la legge sembra aver dato fondamento legale alla summenzionata teoria intermedia, dominante anche nella giurisprudenza (sia pure non sempre entro limpidi schemi concettuali)¹⁵⁹. Sono stati superati, così, i problemi di legalità concernenti sia l'estensione della base personale della garanzia al delegato, sia il mutamento di contenuto dei doveri facenti capo al delegante. Sotto quest'ultimo profilo, però, la formula utilizzata dal legislatore – "*non esclude*" – sembra evocare, più che una creazione *ex novo* dell'obbligo di sorveglianza quale effetto accessorio della delega, la sua derivazione genetica dalla sfera delle "*originarie*" incombenze datoriali, in quanto incastonato nel dovere di corretta conduzione ed organizzazione dell'attività prevenzionistica. In tal senso, la legge connota l'obbligo di vigilanza del soggetto apicale come "*un aspetto essenziale della garanzia dovuta dal delegante*"¹⁶⁰.

10.1. Natura giuridica del residuo dovere di vigilanza del delegante ex art. 16, comma 3.

L'obbligo di vigilanza che residua a carico del delegante non è autonomamente sanzionato mediante la previsione di un reato contravvenzionale di pura omissione o

¹⁵⁸ Lo rileva condivisibilmente anche N. PISANI, *Posizioni di garanzia*, cit., 143, il quale, peraltro, muovendo da premesse "*funzionali*", ritiene che il residuo obbligo di vigilanza del delegante non possa rilevare penalmente ex art. 40 cpv. c.p., in quanto dovere di mera sorveglianza.

¹⁵⁹ Cfr., nello specifico settore dell'antifortunistica, *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 19 maggio 2010, n. 33661, inedita; Id., 20 febbraio 2008, n. 22614, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1265, con nota di TROYER; Id., 29 gennaio 2008, n. 8604, Timpone, rv. 238970; Id., 3 aprile 2008, n. 13953, in *DeJure*; Id., 6 luglio 2007, n. 37610, Camillo, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 440; Id., 22 giugno 2000, n. 9343, Archetti, rv. 216727.

¹⁶⁰ PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 104.

un'autonoma fattispecie di agevolazione colposa. Pertanto, qualsiasi mancanza riscontrabile al riguardo potrà determinare una responsabilità penale solo attraverso il filtro della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. Ma è proprio qui che si riaffaccia l'annoso problema della possibilità di qualificare il dovere di sorveglianza (del delegante) come posizione di garanzia rilevante per una responsabilità concorsuale omissiva.

Invero, la *voluntas legis* sembra proprio quella di fornire un avallo formale a quest'ultima ricostruzione, senza dubbio prevalente, prima della riforma, sia in dottrina che nella giurisprudenza¹⁶¹. Nella prassi applicativa, in particolare, la possibilità di una "persistente responsabilità (o corresponsabilità) del datore di lavoro allorché si accerti una difettosa od omessa verifica ovvero una scelta impropria del collaboratore", alla stregua dei due tradizionali *topoi* della *culpa in vigilando* e della *culpa in eligendo*, è stata ribadita anche di recente, precisando che il dovere di costante vigilanza può essere adempiuto direttamente oppure predisponendo "ogni misura idonea affinché il controllo possa essere svolto in concreto, eventualmente affidando il compito a soggetti particolarmente qualificati"¹⁶².

Nondimeno, questa impostazione resta assai controversa sul piano dommatico. Nella più recente elaborazione dottrinale del tema delle posizioni di garanzia va guadagnando terreno la tesi dell'irriducibilità di doveri di mera sorveglianza ai veri e propri obblighi impeditivi di cui all'art. 40 cpv. c.p. I primi, si sostiene, implicherebbero di regola solo un dovere di controllo sull'attività di altri soggetti e non un reale potere-dovere d'intervento diretto sulla situazione di pericolo per il bene tutelato, in grado di garantire, con ragionevole sicurezza, l'impedimento di eventi lesivi¹⁶³. Il "sorvegliante", pertanto, a differenza del "garante", è privo di poteri giuridici impeditivi e quindi non può "intervenire direttamente sull'atto o fatto costituente reato, ma soltanto informare il garante o il titolare del bene"¹⁶⁴.

¹⁶¹ Della stessa opinione BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento*, cit., 2269, secondo cui l'art. 16, comma 3, configura "in capo al datore di lavoro delegante un residuo ruolo di garante al livello alto della responsabilità organizzativa"; PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 104 s.; D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1127. In senso contrario v. N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 832 s.; ALICE – DE SANCTIS – DE LORENZIS, *Correttivo Tu sicurezza: delega di funzioni ed effettività della posizione di garanzia*, in *Guida al lav.*, Il sole 24 ore, n. 37/2009, 20.

¹⁶² Cass., sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 12027, inedita.

¹⁶³ Tale schema dottrinale, nelle sue linee essenziali, può farsi risalire a FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., spec. 175 ss., 196 ss. (teoria riproposta in ID., *I principi generali*, cit., 41 ss., spec. 47 e 49 ss.), secondo cui solo obblighi diretti ad impedire l'evento criminoso - e non semplicemente ad agevolarne l'impedimento - possono rilevare ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Successivamente essa ha trovato una compiuta sistemazione, non senza alcune specificità, in LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, spec. 14 ss., 24, 151 ss., 371 ss., la quale traccia una netta distinzione tra obblighi di *garanzia ex art. 40, cpv.* e meri obblighi giuridici di *attivarsi* e di *sorveglianza*, viceversa irrilevanti ai fini indicati; e, con specifico riferimento alla materia antinfortunistica, in ID., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., spec.113-115; nel settore specifico dei controlli societari v. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 42 ss.

¹⁶⁴ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 372, che, su queste basi, esclude una posizione di garanzia in capo ai sindaci (p. 172 ss.), mentre ammette tale possibilità per gli amministratori di società nei casi in cui abbiano reali poteri impeditivi di atti pregiudizievoli (p. 161 ss.).

Senonché, come rilevato in dottrina, “ai fini della responsabilità omissiva *ex art. 40 cpv.*, è l’insieme dei poteri e doveri che viene in rilievo”¹⁶⁵. Di conseguenza, nello specifico ambito del trasferimento di funzioni datoriali, il delegante non diviene, per il semplice fatto di aver designato un delegato, un mero “sorvegliante esterno” dell’operato altrui, privo cioè dei poteri giuridici indispensabili a porre in essere, ove richiesto dalle circostanze concrete, appropriate azioni impeditive¹⁶⁶. La vigilanza del delegante non si esaurisce in sé, ma è un tassello di una più ampia tavola di poteri-doveri di organizzazione generale o di alta direzione dell’impresa (o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia gestionale e finanziaria), non dismessi e non dimettibili con un atto di delega. Pertanto, il dante causa, quale soggetto gerarchicamente di vertice (dell’ente nel suo complesso o di una sua autonoma unità organizzativa), conserva – in caso di riscontrata inerzia o negligenza del delegato – la facoltà di sollecitare interventi appropriati, nonché il potere giuridico di intervenire in sostituzione del delegato, di revocare la delega (che rappresenta l’altra faccia del potere di conferirla), e persino di riorganizzare l’intero sistema di gestione della sicurezza. In tal senso, la legge, sancendo il dovere di vigilanza sull’attività del delegato, sembra aver voluto proprio ribadire la necessità che il delegante si avvalga di tutti i poteri verticistici suoi propri, per rimediare ai pericoli determinati da uno scorretto esercizio delle funzioni trasferite.

10.2. Il contenuto del dovere di vigilanza del delegante. Il tentativo di precisazione compiuto dal legislatore attraverso il nesso instaurato con il ‘modello organizzativo 231’ (art. 16, comma 3, seconda parte).

In realtà, le incertezze che tradizionalmente aleggiano sull’obbligo di vigilanza del delegante concernono, più che la supposta assenza di residui poteri giuridici impeditivi (*an* della garanzia), l’endemica indeterminatezza dei suoi *contenuti* (*quomodo*) e la verifica della concreta *possibilità materiale* di attivarsi tempestivamente per impedire fatti indesiderati (*quando*).

L’ultimo profilo chiama in causa la rilevanza eziologica dell’omessa vigilanza del delegante, e cioè la possibilità che un comportamento conforme (di regola una sorveglianza di carattere generale, non minuziosa e ‘senza tregua’) consenta di intervenire per tempo sulle situazioni di rischio, scongiurando la commissione di illeciti.

Intendiamo, però, ora concentrarci sulle *modalità di diligente adempimento* dell’obbligo di vigilanza.

Al riguardo, giova rammentare anzitutto che secondo l’invalsa interpretazione giurisprudenziale, se da un lato il delegante non deve intromettersi nelle scelte del delegato, dall’altro ha il dovere di intervenire in sua vece ogni qual volta si renda conto di una colpevole inerzia nell’attuazione delle incombenze trasferite. Sorge, quindi, il

¹⁶⁵ PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

¹⁶⁶ Lo rileva anche NISCO, *La delega di funzioni*, cit., 117.

problema di individuare l'esatto *discrimen* tra la *vigilanza* dovuta e l'*ingerenza* vietata (su cui v. *supra* § 7.3)¹⁶⁷. Tale nebulosità concettuale è, in parte, immanente alla stessa pretesa rivolta al delegante, considerato che si può interferire nell'attività di un soggetto non solo impartendo ordini, ma anche proprio controllando il suo operato. Se tale controllo è reale, e quindi rivolto sia alla verifica della correttezza delle scelte compiute, che alla correzione di quelle ritenute scorrette¹⁶⁸, per definizione esso finisce per influenzare "le decisioni mediante una valutazione delle stesse, e perciò soggioga il subordinato al controllo e alla disciplina"¹⁶⁹.

Al di là del punto di vista 'esterno' della distinzione tra vigilanza e ingerenza, v'è quello 'interno' della specificazione dell'*oggetto*, dell'*estensione* e dei *modi* della *vigilanza esigibile*. In passato, in assenza di qualsiasi precisazione legislativa, le indicazioni fornite dall'elaborazione dottrinale, e ancor più da quella giurisprudenziale, sono state sempre piuttosto generiche e, quindi, soggette ad un cospicuo margine di incertezza e soggettivismo valutativo.

Ma anche dopo l'intervento riformatore del 2008 e quello correttivo del 2009, un'autorevole dottrina ha rinnovato la denuncia del carattere "quanto mai sfuggente" dell'obbligo in esame, "punto critico del diritto penale delle organizzazioni complesse" e "a rischio di essere ridotto a *topos* retorico che copre, di fatto, attribuzioni di responsabilità di posizione, al di là dei limiti segnati dal principio di colpevolezza"¹⁷⁰.

Invero, in ordine al suo *specifico contenuto*, il legislatore ha tentato di assicurare un più saldo ancoraggio all'interprete nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 16, dove si enuncia la possibilità di adempiere il dovere in esame mediante la "*adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*" (formula risultante dalla rettifica apportata dall'art. 12 del decreto correttivo).

Ad onta delle intenzioni legislative, però, la norma non è di agevole lettura e collocazione sistematica¹⁷¹. L'unico elemento chiaro è che essa ha stabilito un preciso nesso tra il dovere di vigilanza proprio del datore di lavoro-delegante e il *sistema di controllo* costituente un frammento essenziale del più ampio "modello di

¹⁶⁷ I corti circuiti interpretativi cui può condurre la difficoltà di distinguere "ingerenza" e "controllo" sono ben rivelati, ad es., da Cass, sez. III, 2 dicembre 1993, n. 11033, Negro, rv. 195939, secondo cui in materia d'infortuni sul lavoro è da escludere l'esonero di un direttore di stabilimento anche di notevoli dimensioni se questi esercita un personale controllo, avvalendosi della cooperazione di dipendenti, sia pur qualificati.

¹⁶⁸ V., ad es., PADOVANI, in PERA, *Diritto del lavoro*, cit., 606, secondo cui a seguito del trasferimento il delegante deve, in ogni caso, "controllare l'attività del soggetto incaricato, e [...] intervenire eventualmente per correggerla e modificarla".

¹⁶⁹ Cfr., nella letteratura socio-organizzativa, SIMON, *Il comportamento amministrativo* (1947), trad. it. ediz. 1957, Bologna, 2001, 336 ss., 344.

¹⁷⁰ PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 104 ss., 107. L'insufficiente approfondimento del contenuto dell'obbligo di sorveglianza era già stato segnalato in ID., *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, 108; ID., *Organizzazione dell'impresa*, cit., 13 ("le formulette della *culpa in eligendo* o in *vigilando* possono facilmente prestarsi a coprire la pratica mancanza di addebiti e di accertamenti puntuali").

¹⁷¹ Fortemente critica, al riguardo, VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 49, secondo cui "la novità normativa appare per nulla plausibile, ma soprattutto foriera di problemi interpretativi rilevanti e complessi".

organizzazione e di gestione” ex d.lgs. n. 231/2001 (di seguito anche “Modello”)¹⁷². Sebbene quest’ultimo, ove idoneo ed efficacemente attuato, sia tipicamente munito di efficacia esimente della responsabilità dell’ente in quanto tale, la legge collega all’adozione ed efficace implementazione del sistema di controllo sul Modello anche il pieno esonero da responsabilità del delegante. In questo modo i due piani della responsabilità “amministrativa” dell’ente per omicidio colposo o lesioni colpose gravi e gravissime (art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001) e della responsabilità penale individuale vengono fortemente intrecciati tra loro.

Per decifrare meglio il senso di questo innovativo costruito normativo, occorre partire dal dettato del comma 4 dell’art. 30 T.U.S. (come detto richiamato dall’art 16, comma 3), il quale annovera tra i requisiti del Modello adottato dall’*“organo dirigente”* (art. 6, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 231/2001) *“un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate”*. La disposizione, inoltre, continua stabilendo che *“il riesame e l’eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all’igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell’organizzazione e nell’attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico”*.

Sul punto è anche intervenuta, in sede di decreto correttivo, una significativa modifica della formulazione legale.

Il testo originario recitava che la vigilanza in discorso *“si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4”*. L’utilizzo della congiunzione copulativa *“anche”*, unitamente al presente riflessivo *“si esplica”*, suonava in modo alquanto ambiguo, non essendo chiaro se:

- la norma si limitasse ad individuare nel *“sistema”* in parola solo uno dei possibili strumenti, tra i tanti previsti dalla legislazione di settore e dalla pratica, per adempiere all’obbligo di vigilanza¹⁷³;
- esso rappresentasse l’unica modalità idonea, non essendo utilizzato il verbo *“potere”*;
- o si trattasse, perfino, di una metodica necessaria ma non sufficiente¹⁷⁴.

¹⁷² Cfr., sul punto, D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1128 s., 1160 ss.; CASTRONUOVO, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del D.Lgs. n. 81 del 2008*, in Basenghi – Golzio – Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi*, cit., 334. Disapprova la commistione di questi due ambiti di vigilanza, in quanto essi dovrebbero restare autonomi rispondendo ad esigenze diverse, BACCHINI, *Misure di tutela e obblighi*, cit., 258 s. Al contrario, ritengono pressoché inevitabile, in un sistema che vede nell’organizzazione di un’attività aziendale sicura il fulcro dei doveri datoriali, una sostanziale sovrapposizione tra gli addebiti colposi rivolti alle persone fisiche di livello apicale e la responsabilità per colpa di organizzazione ascrivibile all’ente, PESCI, *Violazione del dovere di vigilanza*, cit., 3971, 3976 e VALENTINI, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 298.

¹⁷³ Cfr., per questa chiave di lettura, LAGEARD – GEBBIA, *Le novità sulla delega tra limiti e dovere di controllo*, in *Amb. e sic.*, n. 19/2009, 21, secondo cui la norma si limitava a ribadire un concetto sostanzialmente scontato.

¹⁷⁴ Per quest’ultima interpretazione v. D’ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1128 s., il quale peraltro rileva puntualmente come la disposizione non chiarisse quali dovessero essere le ulteriori iniziative esigibili dal delegante; nonché, PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

Nella versione emendata del testo normativo può notarsi, anzitutto, la sostituzione dell'espressione "sistemi di verifica e controllo" con quella "modello di verifica e controllo", del quale si richiede – al pari del Modello ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001 – l'"adozione ed efficace attuazione". La variazione non sembra un caso di felice tecnica legislativa, giacché essa stride con la terminologia impiegata nell'art. 30, comma 4, dove continua a parlarsi di "sistema di controllo" sull'attuazione del "modello" organizzativo. Pertanto, mentre in quest'ultimo caso l'espressione "modello" è utilizzata – sulla falsariga degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 – per contrassegnare il tutto (vale a dire l'intero apparato di autodisciplina e controllo interno), nell'art. 16, comma 3, essa – a mo' di sineddoche – indica solo una sua fondamentale *porzione* (il meccanismo di controllo sull'adempimento del Modello).

Ma a prescindere da questa discrasia linguistica, il dato più significativo della novellata versione dell'art. 16, comma 3, è la soppressione della congiunzione "anche" e l'introduzione della formula "si intende assolto", con cui, dando maggiore certezza ai destinatari dell'obbligo di vigilanza, si riconosce espressamente la portata esimente dell'adozione (redazione/approvazione) ed efficace attuazione del meccanismo di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4.

La norma sembra introdurre, pertanto, una *presunzione legale di adempimento* del dovere di vigilanza ove sia stato adottato e – soprattutto – efficacemente attuato il sistema di controllo previsto nell'ambito del Modello rilevante per escludere la responsabilità dell'ente. In sostanza, dalla prova dell'adozione e concreta implementazione del sistema di verifica e controllo la legge consente di inferire anche l'avvenuto assolvimento dell'obbligo di vigilanza del delegante¹⁷⁵.

Può discutersi circa la valenza 'assoluta' (*iuris et de iure*) o 'relativa' (*iuris tantum*) della presunzione in oggetto¹⁷⁶.

Il dettato normativo sembrerebbe suffragare la prima ipotesi, ferma restando, ovviamente, la piena sindacabilità del giudice sull'*idoneità astratta* (art. 30 comma 4, cui rinvia l'art. 16 comma 3) e l'*effettiva attuazione* del sistema di verifica e controllo istituito nell'ente¹⁷⁷ (con gli ulteriori vincoli valutativi posti dal comma 5 dell'art. 30, in caso di redazione dei Modelli in tema di sicurezza in conformità alle *Linee guida UNI-INAIL* o

¹⁷⁵ Cfr. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro*, in Zoppoli - Pascucci - Natullo, *Le nuove regole*, cit., 604.

¹⁷⁶ Nel primo senso MANNA, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 4, e, sebbene con accenti fortemente critici, LAGEARD – GEBBIA, *Le novità sulla delega*, cit., 21; nel secondo, invece, BACCHINI, *La delega di funzioni e gli obblighi del DDL e dei dirigenti*, *Isl*, n. 9/2009, 486, 487; PASCUCCI, *Delega delle funzioni su doppio binario. Cambia la responsabilità dei "vertici"*, in *Guida al dir., Speciale "Sicurezza Lavoro"*, settembre 2009, 24 ss., secondo cui se di presunzione si tratta essa è senz'altro relativa; VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 49, secondo cui sebbene sembri che il legislatore del 2009 abbia voluto introdurre una presunzione assoluta, sarebbe più opportuno interpretarla come relativa, "in modo da poter confutare in giudizio l'eventuale inadeguatezza dell'adempimento in parola"; BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 2, 2 ("Se si tratti di presunzione assoluta o relativa, non è precisato, ma è prevedibile che, quanto meno la giurisprudenza, si orienterà nel secondo senso").

¹⁷⁷ Proprio a fronte dei margini di apprezzamento che restano a disposizione del giudice, D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1130, nt. 10, ritiene di "poco rilievo" la questione sulla portata della presunzione.

al *British Standard OHSAS 18001:2007*, i quali si “presumono conformi ai requisiti” posti dall’articolo in discorso “per le parti corrispondenti”).

Tuttavia, anche nel caso in cui sia provata l’adozione e concreta esecuzione di un Modello idoneo, ci sembra ragionevole ammettere la vincibilità della presunzione *de qua* quando il legittimo affidamento del delegante sull’attività del delegato sia smentito da ulteriori circostanze fattuali, come allorché il delegante abbia avuto cognizione diretta, o comunque acquisito più informazioni della stessa struttura specificamente deputata alla vigilanza sul Modello, in merito a violazioni colpevoli del delegato. In situazioni di questo tipo, quindi, non può escludersi aprioristicamente la rimproverabilità del soggetto apicale per una colpevole tolleranza o inerzia¹⁷⁸. Il Modello, se non può ridursi mai ad un paravento dietro cui l’ente possa nascondere le proprie effettive carenze organizzative, *a fortiori* non può divenirlo per le persone fisiche che lo dirigono.

In ogni caso è evidente che, con la disposizione in oggetto, il legislatore *incentivi ulteriormente*, con “una sorta di indiretta «pressione psicologica»”, l’allestimento degli strumenti di controllo di cui all’art. 30, comma 4, e, più in generale, dell’intero “sistema «cautelare» previsto in sede di responsabilità amministrativa per mandare l’ente esente da responsabilità”¹⁷⁹.

A nostro avviso, però, ciò non significa che il legislatore abbia eretto tale “sistema di controllo” a modalità esclusiva di congruo adempimento del dovere di vigilanza del delegante. La legge, in altre parole, se stimola l’adozione del “modello” *ex art. 30, comma 4*, non impone alcun vincolo costrittivo al riguardo. L’organo di vertice dell’ente conserva, così, *piena discrezionalità* in merito alle metodiche organizzative mediante cui soddisfare le esigenze di sorveglianza sul corretto espletamento delle funzioni trasferite: potrà avvalersi del sistema di controllo sull’attuazione del modello organizzativo (nel qual caso potrà giovare anche dello statuto probatorio privilegiato ad esso normativamente collegato), ovvero ricorrere a strumenti diversi parimenti efficaci (es. l’affidamento a soggetti esterni qualificati di attività periodiche di *audit*, accompagnato dalla previsione di obblighi di reportistica e rendicontazione del delegato e dalla previsione di riunioni periodiche; o perfino – specie nelle realtà minori – forme di sorveglianza diretta)¹⁸⁰.

Ciò appare tanto più vero ove si consideri che il datore di lavoro delegante, specialmente nelle organizzazioni societarie più complesse, non coincide

¹⁷⁸ Sulla portata della presunzione in esame torneremo nel sottoparagrafo seguente.

¹⁷⁹ AMATO, *Le novità normative*, cit., 2098.

¹⁸⁰ Nel senso del testo v. DOVERE, *Delega di funzioni*, cit., 109 e sembrerebbe anche ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 183, secondo cui con l’art. 16, comma 3, “si fa strada apertamente [...] l’idea che la vigilanza possa essere attuata mediante l’adozione di un modello di organizzazione” (corsivo nostro); *contra* VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 49, secondo la quale l’adempimento del dovere *de quo* “passa ora inevitabilmente soltanto dall’adozione” del sistema di controllo di cui all’art. 30, comma 4, T.U.S.; PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 102, secondo cui “adesso l’adempimento richiesto passa *esclusivamente* (non anche) attraverso il modello organizzativo di cui al d.lgs. n. 231/2001”; FONDAROLI, *Organismo di vigilanza ex art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra – Dassano, Napoli, 2010, 321; PIVA, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 87.

necessariamente con l'“organo dirigente” cui compete l'adozione del Modello e la nomina dell'organismo di vigilanza (di seguito “OdV”) ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001 (si pensi, rispettivamente, all'amministratore delegato o a un direttore di stabilimento da un lato e all'intero c.d.a. di una s.p.a. dall'altro).

Inoltre, sarebbe poco comprensibile che uno strumento organizzativo della cui doverosità giuridica si dubita anche rispetto alla persona giuridica, possa divenire, *de facto*, obbligatorio per il datore di lavoro-persona fisica in conseguenza del rilascio di una delega. Il discorso muterebbe, in parte, ove si ritenesse che la predisposizione del Modello in oggetto non sia, nella materia della sicurezza del lavoro, un semplice onere per l'ente, ma un preciso dovere, alla stregua dell'*incipit* dell'art. 30 T.U.S., secondo cui esso “*deve essere adottato ed efficacemente attuato*”¹⁸¹. D'altra parte, a prescindere dalla considerazione che il mancato impianto del Modello nell'ente non è direttamente sanzionato neppure in *subiecta materia*¹⁸² (l'art. 30, in altre parole, è una norma giuridica “imperfetta”, che sancisce il dovere ma non la relativa sanzione), la sua assenza sarà, verosimilmente, un'eventualità affatto remota nelle società di piccole o piccolissime dimensioni (assolutamente prevalenti nel nostro tessuto imprenditoriale) e talvolta anche in quelle medie. In quest'ambito, infatti, l'adozione di un *compliance program* così strutturato come quello delineato dall'art. 30 T.U.S., e soprattutto la predisposizione di articolazioni interne appositamente deputate al controllo, si rivela spesso non sostenibile sul piano economico e incompatibile con una compagine organizzativa alquanto semplificata. Lo stesso d. lgs. n. 231/2001, peraltro, si mostra consapevole del problema, quando prevede che negli enti di piccole dimensioni i compiti dell'OdV possano “essere svolti direttamente dall'organo dirigente”; e lo stesso può dirsi per il legislatore del T.U.S., considerato che l'art. 5-*bis* dell'art. 30, introdotto in sede di decreto “correttivo”, ha demandato alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro l'elaborazione di “*procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali*”.

Per giunta, alcune organizzazioni, come le imprese individuali (se si prescinde da un recente, singolare indirizzo giurisprudenziale)¹⁸³ e gli enti pubblici, non sono

¹⁸¹ Per questa tesi v. N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in D'Avirro – Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X, Padova, 2009, 154; DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1338; VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 709; BARTOLOMUCCI, *La metamorfosi normativa del modello penal-preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30 TU sicurezza sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3-2008, 160.

¹⁸² Affermano la facoltatività della sua adozione da parte dell'ente anche in materia antinfortunistica, ad esempio, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2-2008, 68; ROSSI – GERINO, *Art. 25-septies d.lgs 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo: ambiti applicativi e rapporti*, *ivi*, n. 2-2009, 13; DOVERE, *Delega di funzioni*, *cit.*, 108; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, 268.

¹⁸³ Cfr. *Cass.*, sez. III, 20 aprile 2011, n.15657, commentata criticamente da PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Le società*, 2011, 1078; AMARELLI, *L'indebita*

neppure annoverate tra i destinatari del d.lgs. n. 231/2001: in esse, però, si applicano, senza alcuna deroga, i doveri di sicurezza previsti dal T.U.S. ed è parimenti legittimo, astrattamente, il ricorso allo strumento della delega.

In definitiva, ritenere che l'opzione organizzativa prefigurata dall'art. 16 comma 3 sia l'unica modalità di adempimento del dovere di vigilanza determinerebbe seri dubbi di costituzionalità, per violazione del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e una compressione, francamente eccessiva, della libertà di organizzazione dell'imprenditore (desumibile dall'art. 41 Cost.).

Nondimeno, il legame giuridicamente instaurato tra il sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U.S. e l'attuazione della vigilanza sul delegato, assume una portata ermeneutica restrittiva di più ampio e generale respiro.

Sul piano sostanziale, infatti, la disposizione *de qua* rivela che il legislatore non ha inteso l'attività di vigilanza ex art. 16 comma 3 come un controllo quotidiano e sulle singole operazioni del delegato, ma come una *sorveglianza sintetica e periodica* sullo stato generale della gestione della sicurezza, e segnatamente sui profili implicati nell'attuazione della delega. Inoltre, la norma getta luce sul fatto che il controllo sull'esercizio dei poteri trasferiti potrà (e, nella maggior parte dei casi, dovrà, per risultare rispondente a parametri di diligenza) essere esercitato, anziché direttamente e personalmente dal delegante (privo del tempo e delle conoscenze necessarie), mediante un'adeguata organizzazione ('organizzazione del controllo'), e cioè istituendo efficaci presidi di controllo interni all'ente o ricorrendo a strutture esterne specializzate. In definitiva, come limpidamente osservato in dottrina, "un dovere di vigilanza, correlato ai poteri-doveri di direzione, non può intendersi che come controllo della 'tenuta' del sistema organizzativo; e appunto di tal tipo è il dovere delineato nell'art. 16, comma 3"¹⁸⁴.

Il *quid pluris* dell'odierno art. 16, comma 3, sta proprio nel dichiarare "assolto" il dovere di vigilanza in caso di adozione e concreta attuazione del sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4.

Ebbene, occorre aver chiaro, al riguardo, che tale specifica metodica organizzativa non si riduce ad un'attività di *audit* indipendente sull'adempimento degli obblighi delegati e tanto meno alla mera previsione di un canale informativo dal delegato al delegante: essa presuppone la *mise en œuvre* della ben più articolata strategia prevenzionistica insita nell'istituto del Modello ex d.lgs. n. 231/2001. In particolare, l'incardinamento della vigilanza sul delegato all'interno del sistema di controllo ex art. 30, comma 4:

- 1) presuppone *a monte* la previsione di *specifici protocolli di controllo sulla gestione della delega* e di *monitoraggio delle prestazioni del delegato*, i quali disciplinino ad esempio:
 - gli strumenti di registrazione delle attività del delegato;

inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011; MARRA, *Imprese individuali e d.lgs. n. 231/01. Nuovi confini praeter legem per la responsabilità ex delicto degli enti?*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, n. 6, 103 ss. *Contra* Cass., sez. VI, 22 aprile 2004 n. 18941, soc. Ribera, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss., con nota di DI GERONIMO.

¹⁸⁴ PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

- le modalità di controllo della permanenza dei requisiti di idoneità dell'affidatario (quindi di aggiornamento e di valutazione periodica delle sue capacità tecnico-professionali);

- i canali informativi tramite cui il delegato possa informare tempestivamente il delegante in merito ad esigenze impreviste o esorbitanti i suoi poteri di spesa;

- i requisiti degli *auditors* incaricati dal delegante, nonché la periodicità, l'oggetto e le metodiche essenziali della loro verifica indipendente sull'attività del delegato;

- i parametri e gli strumenti in base ai quali misurare le prestazioni prevenzionistiche nelle aree oggetto di delega (monitoraggio);

2) richiede *a valle* l'affidamento della sorveglianza sull'attuazione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità dei suddetti strumenti di controllo ad una *struttura dedicata interna all'ente*, che sembra ragionevole (considerata anche la collocazione verticistica del delegante) far coincidere – pure in materia antinfortunistica – con l'OdV *ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001*¹⁸⁵. In quest'ambito vanno definiti anche i *flussi informativi* (reportistica, obblighi di segnalazione di violazioni o criticità operative in tema di sicurezza, riunioni periodiche) necessari per assicurare una celere e affidabile trasmissione delle informazioni rilevanti da e verso i punti chiave del sistema di controllo, e segnatamente:

- dal delegato e dai centri di controllo operativo (incaricati dell'attività di *audit*) verso la struttura deputata a vigilare sull'attuazione del Modello (OdV);

- dall'OdV verso il delegante (per relazionarlo periodicamente sulla gestione della delega e prospettare, se del caso, l'attivazione dei suoi poteri di intervento sostitutivo o azioni correttive) e – se non coincidente con quest'ultimo – anche verso l'organo dirigente dell'ente (es. segnalazioni di violazioni e proposte di aggiornamento dei protocolli *ex 231/2001* e 30 T.U.S.¹⁸⁶), nonché, per i profili di interesse, l'organo societario di controllo (collegio sindacale o organi equivalenti).

Quindi perché possa operare la presunzione di adempimento del dovere di vigilanza di cui all'art. 16, comma 3, occorrerà l'istituzione di *due diversi livelli di controllo*.

Il *primo livello* (che potremmo definire di 'tipo operativo'), è direttamente focalizzato sull'operato del delegato e la 'conformità' delle scelte da lui compiute alle prescrizioni normative.

¹⁸⁵ Tale soluzione è oggi assolutamente prevalente nella prassi aziendale. Sulla coincidenza del sistema di controllo *ex art. 30, comma 4, T.U.S.* con quello già previsto in generale dall'art. 6, comma 1 lett. b) e comma 2 lett. d) d.lgs. n. 231/2001, v., per tutti, LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., 183 s.; NEFRI, *Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 30, D.Lgs. 81/08*, in *Riv. crit. lav.*, 2009, 50; N. PISANI, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, cit., 156; DE SANTIS, *Il regime della responsabilità penale*, cit., 136; *contra*, CARDIA M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 2-2008, 127; ROMOLOTTI, *Organismo di vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 4, 89.

¹⁸⁶ In questo caso, ovviamente, l'eventuale aggiornamento del Modello effettuato dall'organo dirigente non potrebbe in alcun modo equivalere ad una revoca implicita della delega di funzioni.

Il *secondo livello* (un sorta di 'meta-controllo') verte, invece, in via immediata, sull'attuazione, la funzionalità e l'aggiornamento dei protocolli organizzativi volti ad assicurare l'efficace attuazione della delega, e si avvale anche dei flussi informativi concernenti gli esiti delle verifiche periodiche realizzate dagli *auditors* incaricati dal datore di lavoro.

Quanto precede consente di sciogliere anche un altro nodo ermeneutico relativo alla disposizione in commento, in cui non si chiarisce del tutto se sia sufficiente l'istituzione di "un sistema di controllo" sull'attività del delegato per ritenere assolto l'obbligo di vigilanza, o occorra, invece, il perfezionamento di tutti gli adempimenti richiesti dall'art. 30¹⁸⁷. Per le ragioni già evidenziate occorrerà, quanto meno, la predisposizione di specifici protocolli di verifica e controllo su cui possa appuntarsi la vigilanza dell'OdV, di appositi canali di comunicazione, nonché di un sistema disciplinare a garanzia dell'effettività delle misure adottate. E' presumibile, inoltre, al di là di incerti vincoli normativi, che nella prassi aziendale tali misure verranno adottate nell'ambito di un più organico modello organizzativo-gestionale. In sua assenza, l'effetto di esenzione dalla responsabilità potrà ugualmente prodursi a favore del datore di lavoro, purché il sistema di verifica e controllo, oltre che adottato nei termini sopra specificati, venga adeguatamente implementato; l'ente, invece, potrà essere ritenuto responsabile per il delitto colposo commesso dal delegato, in presenza di tutti gli altri presupposti della sua responsabilità (artt. 5-7 d.lgs. n. 231/2001).

10.3. Le perplessità dottrinali in merito al disposto dell'art. 16, comma 3 (seconda parte) e le possibili soluzioni.

La scomposizione del dovere di vigilanza sull'operato del delegato in due diversi livelli di controllo (nel caso in cui si ricorra al sistema di vigilanza di cui all'art. 30, comma 4), consente di superare anche alcune perplessità sollevate nella letteratura penalistica proprio in merito al rapporto istituito tra 'Modello 231' e obbligo di vigilanza *ex art. 16, comma 3*.

Una parte della dottrina, in particolare, muovendo dall'implicita premessa della delegabilità del residuo dovere di vigilanza del delegante, ha evidenziato le difficoltà dell'interprete nel ricostruire "le rispettive posizioni" del delegante e dell'organismo deputato alla sorveglianza *ex art. 30, comma 4, T.U.S.* Ciò in quanto "la funzione di vigilanza del delegante consiste in un obbligo di garanzia" mentre "l'organismo di vigilanza investito del compito di sorvegliare *ex art. 30, comma 4, del d.lgs. 81/2008* non riveste il ruolo di garante"; cosicché, "anche a voler ritenere che in materia di sicurezza del lavoro l'OdV diventi eccezionalmente garante, si rischia di fare a pezzi il modello introdotto dal d.lgs. 231/2001, che descrive tale organismo in termini di autonomia e indipendenza", giacché "la delega dell'obbligo di vigilanza all'OdV

¹⁸⁷ In generale sul Modello *ex art. 30*, v. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 193 ss.

inserisce il medesimo nella struttura organizzativa dell'impresa, con conseguente perdita delle citate fondamentali caratteristiche"¹⁸⁸.

In modo ancor più netto, un'altra voce dottrinale ha sostenuto che se l'OdV "esplica le attività di cui all'art. 30, comma 4, ciò sostituisce completamente l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro", con il conseguente ingresso a pieno titolo dei rispettivi membri nella cerchia dei garanti della sicurezza aziendale ("in luogo del garante originario datore di lavoro")¹⁸⁹.

Se così realmente fosse, ne risulterebbe senza dubbio alterata la fisionomia tipica dell'OdV, che da soggetto deputato a vigilare sull'efficace attuazione, funzionalità e mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità del Modello panoramicamente riguardato, verrebbe investito di compiti autenticamente operativi, vale a dire di sorveglianza diretta sull'operato di specifici garanti della sicurezza (nella specie, il delegato o i delegati in materia di prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro): quindi dell'esercizio di funzioni – tipicamente datoriali – di impedimento della commissione di illeciti penali da parte di altri soggetti aziendali. Ne risulterebbe incrinato – specie in considerazione della nota tendenza giurisprudenziale ad ammettere la configurabilità di una posizione di garanzia pure a carico dei membri del collegio sindacale – anche il solido sbarramento dottrinale finora opposto al riconoscimento in capo ai componenti dell'OdV di una vera e propria posizione di garanzia, rilevante anche nell'ottica dell'art. 40 cpv. c.p.¹⁹⁰. Ragionevole, pertanto, sarebbe anche la via d'uscita prospettata dalla succitata dottrina per "far funzionare senza intoppi giuridici il sistema appena descritto", vale a dire l'individuazione di "organismi cui trasferire la funzione di vigilanza diversi dall'OdV"¹⁹¹.

Peraltro, l'erosione dei caratteri di indipendenza e imparzialità dell'OdV non sarebbe meno pronunciata qualora esso fosse ritenuto destinatario, anziché di un vero e proprio incarico di funzioni (di vigilanza), di un incarico puramente esecutivo da assolvere per conto del datore di lavoro. In tal caso, l'OdV assumerebbe una veste ibrida: non solo di controllore *del* datore di lavoro (per quanto concerne, in generale, il rispetto delle regole descritte nel Modello, e più specificamente i profili di idoneità ed effettività della delega), ma anche di controllore *per conto* del datore di lavoro, per tutto quanto attiene al corretto esercizio della delega da parte del delegato.

In realtà i problemi testé prospettati possono essere superati sulla base delle seguenti considerazioni.

a) In primo luogo, il dettato legale non autorizza a ritenere che la vigilanza del datore di lavoro sia stata configurata come un obbligo a sua volta interamente trasferibile a terzi¹⁹². Ne deriva che neppure il rapporto tra il delegante e l'organo

¹⁸⁸ VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 49 s.

¹⁸⁹ Così, LANZI, *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro*, cit., 2009, 41.

¹⁹⁰ V., per tutti, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2ª ed., 2008, 75.

¹⁹¹ VITARELLI, *La disciplina della delega*, cit., 50.

¹⁹² In tal senso anche PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 501. Del pari PIVA, *La responsabilità del «vertice»*, cit., 91, secondo cui il controllo del datore di lavoro-delegante "attiene necessariamente alla sfera organizzativa di vertice e non può essere ad altri delegato".

preposto al controllo *ex art. 30, comma 4*, può essere inquadrato nella fattispecie del trasferimento di funzioni in senso proprio.

Infatti, dall'art. 16, comma 3, si evince che l'adozione ed efficace attuazione del sistema di verifica di cui all'art. 30 comma 4 non "esclude" *ex ante*, ma fa ritenere "assolto" *ex post*, il dovere di vigilanza. Questo, pertanto, resta un obbligo personalissimo del datore di lavoro, di cui deve essere verificato il diligente adempimento in caso di reato contravvenzionale imputabile al delegato o di verifica di un evento lesivo¹⁹³.

Inoltre, se tale dovere fosse interamente delegabile all'OdV, per perfezionarne il trasferimento dovrebbe bastare la semplice istituzione ("*adozione*") di un "*modello di verifica e controllo*" ai sensi dell'art. 30, comma 4. Invece, perché possa operare la presunzione *ope legis* di cui all'art. 16, comma 3, occorre – come reso ancor più esplicito dalla rettifica operata con il decreto correttivo – anche l'"*efficace attuazione del modello di verifica e controllo*". Pertanto, affinché l'obbligo di vigilanza possa dirsi correttamente adempiuto non basta che il sistema di controllo appaia idoneo "sulla carta", ma deve essere espressione dinamica del concreto e quotidiano svolgimento della vigilanza all'interno dell'ente.

b) Neppure è plausibile l'idea che l'OdV sia investito dal delegante di un incarico puramente esecutivo di sorveglianza sull'attività del delegato. In realtà, in base alla chiave di lettura sopra prospettata, tale ruolo operativo verrebbe assunto dai soggetti appositamente designati, alla stregua dei protocolli di verifica sulla gestione della delega, per appurare – questa volta sì per conto del datore di lavoro! – "il corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite".

c) In definitiva, si può pervenire ad una soluzione ragionevole del dilemma, partendo proprio da quanto su evidenziato: il "sistema di controllo" di cui all'art. 30, comma 4 non si estrinseca in una vigilanza diretta sul rispetto delle prescrizioni antinfortunistiche (a tutti i livelli dell'organizzazione, compresa l'attività del delegato), ma concerne "l'attuazione del medesimo modello e [il] mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate"; quindi dovrà necessariamente essere ancorato alla previa configurazione di specifici protocolli informativi e di *audit* sull'attività del delegato, sui quali possa, concretamente, focalizzarsi la vigilanza 'di secondo livello' dell'OdV.

Di conseguenza, anche nel caso di integrazione della vigilanza sul delegato nel sistema di controllo sul Modello 231, non sarebbe attribuito all'OdV alcun ruolo operativo di sorveglianza sull'attuazione della delega, in sostituzione o per conto del delegante. Spetterà al delegante sovrintendere all'efficace attuazione dei protocolli di verifica e controllo sull'attività del delegato (nei termini sopra enunciati), mentre competerà all'OdV, in linea con la sua tipica funzione di sorveglianza sul programma di *compliance* aziendale, vigilare sulla loro idoneità e fedele implementazione, segnalando le lacune organizzative eventualmente riscontrate all'organo gestorio. Insomma: nulla di diverso da quanto richiesto nell'ambito delle altre aree a rischio di

¹⁹³ Similmente, LECIS, *La delega di funzioni e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 2-2010, 164 s.

commissione di reati previsti nella 'parte speciale' del d.lgs. n. 231/2001. Su queste basi, le caratteristiche di indipendenza e autonomia dell'OdV non risultano in alcun modo scalfite¹⁹⁴.

d) Acquisito, quindi, che la vigilanza sul delegato costituisce dovere indelegabile del datore di lavoro (sebbene per adempierlo egli possa anche avvalersi di altre funzioni aziendali o soggetti terzi specializzati), e che l'OdV, in caso di predisposizione del sistema di controllo in discorso, non assume alcun compito di vigilanza diretta sul delegato, emerge anche la dimensione teleologica della 'presunzione di assolvimento' di cui all'art. 16, comma 3. Essa, a ben vedere, punta proprio a risolvere i problemi empirico-giuridici che possono derivare da tali premesse.

Sul piano empirico è noto che la possibilità di muovere al datore di lavoro un rimprovero penale per *culpa in vigilando* anche in caso di delega rilasciata con tutti i crismi di legge, rischia di tradire le stesse motivazioni pratiche del ricorso ad essa¹⁹⁵. Anche nel caso di adempimento attraverso terzi, resta infatti problematico come il delegante, privo dei necessari saperi tecnici, possa interpretare correttamente i *report* informativi dei verificatori da lui nominati.

Sul piano giuridico, poi, ammettendo che il delegante possa essere chiamato a rispondere anche delle eventuali inadempienze dei collaboratori investiti delle funzioni di vigilanza, riaffiorano i rischi di una responsabilità di mera posizione, in contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost. Difatti, in tal caso l'esercizio della vigilanza da parte del delegante per mezzo di soggetti all'uopo incaricati, configurerebbe un adempimento *doppiamente indiretto*: a quello 'primario' realizzato attraverso la designazione di un idoneo delegato, si sommerebbe quello 'secondario', parimenti mediato, ottenuto mediante l'attribuzione a terzi di compiti di controllo. Con la conseguente astratta possibilità che il delegante venga punito, in caso di delitti colposi o contravvenzioni commesse dal delegato, non solo per la ritenuta *mala electio* dei preposti all'attività di controllo (*culpa in eligendo*), ma anche per la colpevole inerzia a fronte di inadeguatezze o inerzie degli organi di controllo, conosciute o che si sarebbero dovuto conoscere usando la diligenza ordinaria (*culpa in vigilando*).

Per ovviare agli inconvenienti pratico-giuridici insiti nel residuo dovere di vigilanza del delegante, il testo unico ha puntato proprio sulla valorizzazione del sistema di verifica e controllo che del Modello avente funzione esimente della responsabilità dell'ente costituisce una componente essenziale.

La valenza giuridica che assume l'adozione ed efficace attuazione di tale metodica organizzativa rispetto alla responsabilità del delegante è, come detto, di natura probatoria, determinando una presunzione *iuris tantum* di assenza dei presupposti per muovere un rimprovero di colpa al delegante. La disposizione *de qua* è come se enunciasse: nel caso in cui il delegante abbia implementato misure organizzative di vigilanza sull'attività del delegato adatte alle peculiarità della realtà

¹⁹⁴ Per una prospettiva analoga v. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, 1128, nt. 5.

¹⁹⁵ Cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 229, secondo cui delegare "significa, invero, potersi disinteressare del «puntuale» intervento laddove altri sono deputati ad esso".

aziendale e l'OdV abbia costantemente verificato la loro idoneità e corretta attuazione, deve ritenersi assente – salvo prova contraria – ogni ragione di addebito al datore di lavoro.

Le conoscenze acquisite attraverso idonei meccanismi informativi e di sorveglianza interna, sulla cui funzionalità l'OdV abbia correttamente vigilato, coincidono con quelle *esigibili* secondo parametri di diligenza oggettiva. Così, qualora sopraggiungano al delegante segnali di inosservanza da parte del delegato, egli dovrà indagare ed eventualmente emendare. Diversamente, egli non potrà essere chiamato a rispondere neppure di eventuali *defaillance* dell'*audit* condotto dai verificatori da lui designati, non rilevate e non rilevabili neppure dall'OdV attraverso il sistema di controllo di secondo livello di cui all'art. 30, comma 4. La sottesa *ratio* è che, in presenza di tali condizioni, il delegante può legittimamente fare affidamento sull'attività del delegato ed altresì sulla funzionalità dei presidi organizzativi predisposti per verificarne la conformità a tutte le regole cautelari vigenti in materia¹⁹⁶.

I motivi di affidamento ragionevole vengono meno – però – laddove il delegante possenga, per qualsiasi ragione, maggiori informazioni dello stesso OdV in merito a violazioni colpevoli del delegato: in tal caso riemerge la possibilità che egli sia chiamato in causa per un'inerzia colpevole (di qui la natura "relativa" della presunzione di cui all'art. 16, comma 3).

11. Assenza delle condizioni normative di ammissibilità della delega e responsabilità (a titolo omissivo) del delegato.

Abbiamo già evidenziato come la conformazione della delega di funzioni da parte dell'art. 16 T.U.S. consenta di affermare che il legislatore abbia riconosciuto l'incidenza della delega sulla struttura obiettiva del reato proprio, quale strumento in grado di generare, nei limiti dei poteri trasferiti, una nuova posizione di garanzia derivata e ridurre, proporzionalmente, quella originaria del dante incarico. Tale riallocazione è direttamente prodotta da un atto negoziale, ma il suo fondamento è adesso, in ultima analisi, legale.

Ciò premesso, si consideri ora il caso in cui la delega ricevuta dal delegato *sia priva di uno o più requisiti legislativi di validità*: ad esempio, che non sia stata esteriorizzata – e ritualmente accettata – per iscritto, ovvero che sia stato incaricato un soggetto del tutto inidoneo dal punto di vista tecnico-professionale. *Quid iuris* allorché il delegato abbia, comunque, concretamente assunto ed esercitato l'incarico e i poteri giuridici pertinenti? Assodate la permanenza in capo al delegante di tutti gli obblighi originariamente gravanti su di lui e la possibilità che il delegato possa concorrere *attivamente* alla violazione di una regola antinfortunistica (es. fornitura di DPI guasti o

¹⁹⁶ In generale, v. PULITANÒ, *Inosservanza di norme di lavoro*, cit., 72, per la tesi secondo cui i limiti dell'obbligo di sorveglianza "debbono essere determinati tenendo conto del principio di affidamento". La funzione della presunzione stabilita dall'art. 16, comma 3, secondo periodo, è proprio quella di precisare talune condizioni (non vincolanti) in presenza delle possa ritenersi provato un legittimo affidamento del delegante.

affidamento di una mansione pericolosa ad un soggetto del tutto inesperto)¹⁹⁷, resta da verificare se il delegato possa essere chiamato a rispondere anche *a titolo omissivo* (es. omessa fornitura di DPI, omessa sostituzione di un macchinario pericoloso).

La risposta al quesito si ricava ancora una volta dal nuovo ordito legislativo: ma non dalle previsioni specificamente dedicate alla delega di funzioni, quanto dal già citato art. 299 T.U.S., il quale, come detto, ha normativizzato il c.d. *principio di effettività*, nell'ottica però del cumulo delle responsabilità del garante formale e di quello materiale¹⁹⁸, i quali potranno parimenti essere puniti, quali *intranei*, per il reato realizzato¹⁹⁹. In tal senso, anche il delegato che, ad onta dell'invalidità della delega, abbia esercitato in concreto "poteri giuridici" corrispondenti a quelli che il datore di lavoro intendeva trasferirgli, potrà rispondere *iure proprio* di eventuali illeciti.

Ad esempio, la *mancaanza di forma scritta* della delega (o della sua accettazione), costituendo vizio insanabile del titolo, preclude nei riguardi del delegante il trapasso delle prerogative²⁰⁰. Sul versante del delegato "di fatto", però, l'effettiva "presa in carico" del bene, con il concreto esercizio di poteri giuridici congruenti con la funzione invalidamente traslata, è sufficiente per l'assunzione della relativa posizione di garanzia²⁰¹. Questo esito sembrerebbe sconfessare la scelta formalistica compiuta dal legislatore con l'art. 16, ma a ben vedere è coerente con l'impronta rigoristica che contraddistingue tutto il nuovo impianto normativo.

Ad analoghe conclusioni può pervenirsi per l'ipotesi in cui il delegato abbia deciso di assumere l'incarico benché del tutto *inidoneo* ad espletarlo. Siccome la legge inquadra anche la capacità dell'accettante tra le condizioni di validità della delega, la sua assenza impedisce *ex se* una trasformazione dell'obbligo di garanzia datoriale: sia il delegato che il delegante, pertanto, potrebbero rispondere quali soggetti qualificati per la violazione di una regola antinfortunistica; il primo in forza dei doveri di cui è formalmente investito per legge (e non dimessi), il secondo per la posizione di garanzia assunta *de facto ex art. 299 T.U.S.* Un addebito colposo, però, dipende anche dalla possibilità di accertare uno scostamento dalla diligenza oggettivamente esigibile e di muovere un rimprovero personale. Circa il delegante, così, si tratterà di verificare anche se poteva agevolmente rendersi conto dell'incapacità del delegato. Per il

¹⁹⁷ Come osserva DOVERE, *Delega di funzioni*, cit., 105, in tal caso risponderà in primo luogo il delegato, "ma non in quanto tale, bensì come esecutore materiale di un antecedente necessario alla produzione dell'evento e sempre che gli sia addebitabile di aver versato in colpa".

¹⁹⁸ In giurisprudenza per la considerazione che la nozione giurisprudenziale di 'datore di lavoro di fatto' o di 'dirigente di fatto' sia "tesa ad ampliare i soggetti responsabili e non a restringerne la sfera", v., anche per gli ampi riferimenti giurisprudenziali, Cass., sez. III, 7 ottobre 2004, n. 39268, Beltrami, in *Il lav. nella giur.*, 2005, 34.

¹⁹⁹ V., sul punto, anche D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 1151.

²⁰⁰ In termini generali, sulla questione delle ripercussioni dell'invalidità del negozio sull'insorgenza o meno dell'obbligo di garanzia, v. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 307 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 223 ss., spec. 246 ss.; MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 345-348, spec. 347.

²⁰¹ Trascura, a nostro avviso, tale dato AMATO, *Le novità normative*, cit., 2099, secondo cui "in difetto di una accettazione per iscritto, non si potrebbe in alcun caso addebitare il fatto al delegato".

delegato il problema si pone, invece, nei termini della *colpa c.d. per assunzione*²⁰²: dal momento che la legge stabilisce che la delega deve essere espressamente accettata dal destinatario, è sempre possibile un diniego, il quale andrebbe senz'altro opposto (senza che ciò possa determinare un illecito sul piano giuslavoristico) qualora manchino le condizioni per adempiere efficacemente²⁰³. Sul piano della colpevolezza, però, la punibilità del delegato che abbia accettato avventatamente la delega dipenderà anche dal fatto che egli potesse avvedersi, in base alle sue conoscenze ed esperienze concrete, della propria incapacità²⁰⁴, alla base del fatto oggettivamente negligente. In presenza di tali presupposti il delegato potrà rispondere, sul piano della tipicità oggettiva, anche a titolo di omissione – a seconda dei casi – propria o impropria²⁰⁵.

Qualche distinguo va fatto per l'ipotesi in cui a mancare sia addirittura l'*effettiva attribuzione di poteri decisionali e di spesa* necessari all'assolvimento dell'incarico, che come visto costituisce il più importante fattore contenutistico di operatività della delega in materia antinfortunistica. La giurisprudenza ha invocato il principio di effettività anche in un caso in cui al delegato non erano stati assegnati i fondi necessari, ma questi non aveva obiettato nulla in proposito²⁰⁶. Tuttavia, a nostro avviso, il criterio in questione non è correttamente richiamato in assenza del conferimento di tutti i poteri giuridici indispensabili ad incardinare come garante il delegato su basi assimilabili a quelle del delegante. Se tali poteri (decisionali o di spesa) non sono stati trasferiti (e neppure sono stati concretamente esercitati), potrà ravvisarsi un semplice "incarico di esecuzione" (inidoneo a fondare una posizione di garanzia) o al più una delega "parziale", come quando il delegato venga investito di poteri di scelta sulle misure da adottare senza, però, l'autorità di impegnare economicamente l'ente (situazione in cui egli potrà essere chiamato a rispondere solo laddove "non si attivi per richiedere a chi ha poteri di spesa l'acquisto di ciò che serve per garantire la sicurezza sul luogo di lavoro"²⁰⁷). Non per questo, però, il delegato andrà sempre esente da responsabilità, giacché colui che acconsenta ad una traslazione puramente esteriore di doveri per supina compiacenza nei confronti del datore di lavoro o anche "perché attratto da una remunerazione che dovrebbe inammissibilmente compensare

²⁰² Condivisibilmente, in dottrina, MEZZETTI, in *Diritto penale dell'impresa*, cit., 70 e già PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, 110 (più di recente, ID., *Diritto penale*, cit., 496). In generale, sulla 'colpa per assunzione' v. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., 89, 113 ss. ("con questa espressione si fa riferimento all'ipotesi in cui l'agente affronti un'attività pericolosa, che non è in grado di svolgere nel rispetto del dovere di diligenza"); FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 518; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 203; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, Bonetti, in *Foro it.* 1992, II, 36.

²⁰³ Così, nella giurisprudenza, Cass., sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48295, Libori, in *Cass. pen.*, 2009, 2094 ss.

²⁰⁴ Così, quasi testualmente, GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., 114, che, diversamente dall'impostazione tradizionale, propone di affrontare le ipotesi di colpa per assunzione "senza ricorrere all'artificio della regola dell'astensione".

²⁰⁵ *Contra*, ma proprio in base all'opposto principio secondo cui la delega (in generale) non è in grado di costituire una nuova posizione di garanzia in capo al delegato, PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 94.

²⁰⁶ Cass., sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44890, rv. 245271, che ha richiamato al riguardo proprio il precedente Libori.

²⁰⁷ Così SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 340.

l'irresponsabilità dell'imprenditore"²⁰⁸, potrà rispondere a titolo di cooperazione commissiva colposa²⁰⁹, in qualità di *extraneus*, con il delegante apparente, rimasto titolare della sua posizione di garanzia con tutti i poteri rilevanti. In tal caso, infatti, è riscontrabile un'artificiosa predisposizione delle condizioni per eludere la legge penale da parte del datore di lavoro, con il contributo (essenzialmente psichico) del delegato fittizio. Ma anche nel caso in cui il delegato accetti il conferimento di poteri decisionali senza eccepire nulla sulla palese inadeguatezza del *budget* messo a sua disposizione, potranno ravvisarsi profili di colpa (per assunzione), in particolare quando la gestione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori ne abbia negativamente risentito.

²⁰⁸ Su questa ipotesi, v. la sentenza Biadene, cit.

²⁰⁹ L'addebito soggettivo, poi, in casi come questi avverrà di regola a titolo di colpa generica.