

## **IL REGIME GIURIDICO DELLA DELEGA DI SICUREZZA: CONDIZIONI DI LEGITTIMITA' E LIMITI DELL'INCARICO DI FUNZIONI NEL NUOVO ASSETTO NORMATIVO**

**Sommario:** **1.** Le organizzazioni (complesse) di produzione e lavoro e la ripartizione del carico degli obblighi di sicurezza. **2.** Le condizioni di legittimità della delega di funzioni. **3.** (segue) e della sub-delega di funzioni. **4.** Il rinnovato obbligo di vigilanza e la residua posizione di garanzia del soggetto delegante. **5.** L'efficacia esimente della delega prevenzionistica: quale rilevanza dei modelli di organizzazione e gestione ex D.lgs. n. 231/2001 e quale presunzione di adempimento dell'obbligo di sorveglianza del datore di lavoro? **6.** Il nuovo comma 3-bis, dell'art. 18 T.U.S. e le implicazioni della norma in tema di generale posizione di garanzia del datore di lavoro: cenni. **7.** Considerazioni finali.

### **1. Le organizzazioni (complesse) di produzione e lavoro e la ripartizione del carico degli obblighi di sicurezza.**

La recente riforma in materia di salute e di sicurezza sul lavoro varata con il D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (c.d. *Testo unico della sicurezza*) e, successivamente, con il decreto correttivo 3 agosto 2009, n. 106<sup>1</sup>, conferma nell'ambito del sistema di sicurezza, senza soluzione di continuità con la pregressa normativa in materia, il ruolo primario del datore di lavoro<sup>2</sup>.

In particolare, con riferimento al potere economico e decisionale, esercitato ed esercitabile nelle concrete condizioni operative ed organizzative a cui i lavoratori devono conformarsi<sup>3</sup>, in quanto ne è titolare, il datore di lavoro è identificato come il principale garante della tutela dell'integrità fisica e della salute dei lavoratori medesimi.

<sup>1</sup> Il testo che integra e corregge il D.lgs. 81/2008, vale sottolineare, ha definitivamente concluso l'ambito ed i termini temporali della delega di cui alla L. n. 123/2007.

<sup>2</sup> Secondo la formula definitoria assai ampia, contenuta nell'art. 2, comma 1, *lett. b)*, del D.lgs. n. 81/2008 (che riprende in gran parte la nozione già contenuta nel D.lgs. 626/94), per cui si comprende sia il datore di lavoro in senso formale, vale a dire di "titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore", sia una nozione di tipo sostanziale davvero larga con riguardo a quel soggetto che "comunque", tenuto conto il "tipo e l'assetto dell'organizzazione", si trova nella condizione di fatto di avere "la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa"; per un approfondimento della nozione soprattutto con riguardo alla individuazione del datore di lavoro in ipotesi di spersonalizzazione dei rapporti con riguardo a realtà organizzative complesse in seno a colui che effettivamente gestisce il rapporto, si rinvia, senza pretesa di esaustività, a F. BASENGHI, *la ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *DRI*, n. 2/2008, pagg. 428 e ss.; P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, nn. 3-4; pagg. 553 e ss.; D. VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in TIRABOSCHI (a cura di) *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2009, pagg. 153 e ss.

In giurisprudenza, si veda la recente decisione della Corte d'Appello di Trento, 20 gennaio 2010, in *GD*, 2010, n. 21, pag. 84 che sottolinea come la qualifica di "datore di lavoro" responsabile della sicurezza dei lavoratori, non viene attribuita dalla legge in base al dato formale di essere, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro subordinato, la controparte del prestatore di lavoro, ma poggia sulla concretezza della relazione che si stabilisce tra il lavoratore e colui che, avvantaggiandosi dell'attività lavorativa, ne organizza, dirige e sorveglia l'esecuzione.

Per inciso, è appena il caso di osservare, come sostanziale applicazione del principio in parola, rilevi nelle ipotesi legali eccezionali di dissociazione datoriale, rispettivamente, a mente della disposizione ora statuita dal comma 5 e dal comma 6, dell'art. 3, del D.lgs. n. 81/2008 – nelle ipotesi di somministrazione di lavoro (di cui agli artt. 20 e ss. del D.lgs. n. 276/2003 e succ. mod.) e di distacco del lavoratore (di cui all'art. 30 D.lgs. n. 276/2003 e succ. mod.) – per cui tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico dell'effettivo beneficiario della prestazione di lavoro.

<sup>3</sup> In argomento si rinvia, per tutti, a M. PERSIANI, *Contratto di lavoro ed organizzazione*, Padova, 1966.

D'altro canto, il complesso degli obblighi di garanzia posti in capo al datore di lavoro per la tutela dell'incolumità dei lavoratori – e finanche, della stessa incolumità pubblica – può essere *trasferito*, nella maggior parte dei casi<sup>4</sup>, ad altri soggetti che lo coadiuvino nella gestione dell'impresa.

Come è noto, la delega di funzioni atta a modificare convenzionalmente lo schema ripartitorio dell'obbligo di sicurezza stabilito dalla legge, è un istituto di creazione giurisprudenziale, il cui fondamento normativo già ammesso, per la prima volta – sia pure implicitamente – a mente del D.lgs. n. 626/94<sup>5</sup> è, ora, portato a compimento dall'art. 16 del D.lgs. n. 81/2008 mediante la previsione di una apposita disciplina, così come riformata dal c.d. decreto correttivo.

La questione della ripartizione *ulteriore* dell'obbligo di sicurezza sul lavoro, ovvero dell'ammissibilità di una valida delega dei compiti antinfortunistici da parte del titolare dell'iniziativa economica, rappresenta un argomento quanto mai attuale, in un contesto in cui sempre più si allontana la visione di un mondo dell'impresa nel quale “signoreggia la persona e la volontà dell'imprenditore individuale che direttamente organizza e dirige l'attività produttiva”<sup>6</sup>.

All'opposto, preso atto di una realtà imprenditoriale caratterizzata da forme societarie, da una sempre maggiore complessità strutturale dell'attività produttiva e da diversi livelli decisionali<sup>7</sup>, si deve convenire con la constatazione che, a fronte del permanere di una larga responsabilità del datore di lavoro, si corre il rischio che “l'applicazione della legge penale entri in crisi”<sup>8</sup>.

Nelle organizzazioni produttive articolate una risposta a questa “sofferenza” del quadro normativo è ravvisabile proprio nello strumento della delega di funzioni atto a rappresentare “una sorta di cerniera che fa meglio combaciare il contenuto delle norme”<sup>9</sup>.

All'esame in dettaglio del quadro regolamentare dell'istituto, correlativamente alla più recente evoluzione giurisprudenziale e normativa, al fine – se possibile – di identificare *l'incipit* che

<sup>4</sup> Vale a dire gli obblighi c.d. delegabili, per cui si rinvia *infra*.

<sup>5</sup> Come modificato dal D.lgs. n. 242/96, che nella riforma dell'art. 1, comma 4-*ter*, statuisce in capo al datore di lavoro il divieto espresso di delega con riguardo all'obbligo di valutazione dei rischi e di elaborazione del relativo documento (ovvero di autocertificare per iscritto l'avvenuta valutazione dei rischi se si tratta di imprese familiari o aziende che occupano meno di dieci dipendenti), nonché, all'obbligo di nomina del responsabile del Spp. Sicché, da tale divieto espresso si deduce, *a contrariis*, che ogni altro adempimento in materia possa essere utilmente delegato dal datore di lavoro. Tale interpretazione, unanime in dottrina, trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. III, 9 ottobre 1996, n. 9053, inedita a quanto consta.

<sup>6</sup> Cfr. F. FOCARETA, *Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza sul lavoro*, in *QDLRI*, n. 14/93, pag. 117.

<sup>7</sup> Per cui si afferma che una pretesa onniscienza ed onnipresenza del datore di lavoro – alquanto irrealistica – contrasta con la regola di comune esperienza, prima ancora che giuridica, in base alla quale *ad impossibilia nemo tenetur*, cfr. S. MARETTI, *La delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro: profili sostanziali e processuali*, in *MGL*, 2003, pag. 294.

<sup>8</sup> Così D. PULITANO', *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione penale nel diritto penale del lavoro*, in *RGL*, 1982, IV, pag. 81.

In tema, in particolare, di eccessivo rigore nell'applicazione del precetto penale, in specie dell'art. 40 cp., che nel settore del diritto penale dell'economia, viene non di rado usato dalla giurisprudenza come un strumento per giungere ad affermare responsabilità penali dei datori di lavoro (ma anche di amministratori, sindaci, ecc.) in realtà inquadrabili nel solco di una responsabilità oggettiva, talvolta sconfinante in una vera e propria responsabilità per fatto altrui, si rinvia alle riflessioni, in specie sulla mancata approvazione da parte del c.d. decreto correttivo dell'art. 15-*bis* noto come norma “salva manager”, di F. BACCHINI, *La delega di funzioni e gli obblighi del DDL e dei dirigenti*, in *ISL*, n. 9/2009, pagg. 484 e ss.

<sup>9</sup> F. FOCARETA, *cit.*, 119.

consenta di comporre i differenti livelli di responsabilità all'interno delle organizzazioni di lavoro complesse<sup>10</sup>, vale premettere talune – sia pure ovvie – considerazioni essenziali.

Innanzitutto, è necessario sgombrare il campo di indagine dalla rilevanza delle dimensioni aziendali posto che la complessità dell'organizzazione può essere legata soltanto ad aspetti qualitativi<sup>11</sup>.

D'altro canto, occorre distinguere la delega di funzioni dall'incarico di *mera* esecuzione, in quanto in quest'ultimo caso il soggetto obbligato non giunge a trasferire a terzi la propria funzione, ma si limita semplicemente ad affidare ad altri il momento attuativo delle proprie decisioni; di talché, con l'utilizzo di questo strumento operativo il datore di lavoro conserva, integralmente, la propria posizione di garanzia e le connesse responsabilità<sup>12</sup>.

Da ultimo, sul piano preliminare, è appena il caso di segnalare che l'attribuzione organizzativa e gerarchico-funzionale delle posizioni di *garanzia iure proprio* di dirigenti e preposti, ricavabile a

---

<sup>10</sup> Per una disamina delle complicate questioni connesse al tema della responsabilità penali, a fronte di un progressivo processo di spersonalizzazione dell'impresa, si rinvia alla puntuale analisi di C. TRUCCO, *Responsabilità penale nell'impresa: problemi di personalizzazione e delega*, in *RIDPP*, 1985.

<sup>11</sup> *Contra*, per anni i giudici si sono orientati costantemente nel senso di attribuire rilevanza alla delega di funzioni solamente nell'ambito di aziende di grandi dimensioni, vale a dire soltanto nei casi in cui le dimensioni della struttura produttiva organizzata tramutino il principio di personalità ed indisponibilità degli obblighi penalmente sanzionati, in una inammissibile forma di responsabilità penale oggettiva; cfr., tra le tante, Cass. 22 ottobre 1999, n. 12141, in *ISL*, 2000, pagg. 149 e ss.; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12181, *ivi*, 1999, pagg. 713 e ss.

Di recente, tuttavia, si registra un'inversione di tendenza, con pronunce che – condivisibilmente – ammettono il trasferimento di funzioni anche nelle piccole e medie imprese, sul presupposto che nella moderna realtà imprenditoriale non sia sempre agevole delineare gli esatti limiti dimensionali delle strutture organizzate e che la sempre maggiore complessità dell'attività produttiva e la crescente moltitudine di disposizioni legislative esigono molto spesso, anche nelle aziende di piccole dimensioni, che alcuni compiti, siano delegati a soggetti diversi dall'imprenditore; così, Cass. pen. sez. III, 26 maggio 2003, n. 2003, n. 22931, in *DPL*, 2003, pagg. 2101 e ss e più recentemente, Cass. pen. sez. III, 15 luglio 2005, n. 26122, in *LPO*, n. 1/2006 pagg. 112 e ss. (che sia pure non escludendo a priori il requisito dimensionale ai fini della validità dell'atto, richiede però una valutazione non più solo quantitativa, bensì di necessità qualitativa della consistenza aziendale, della specializzazione delle attività, partendo da un'analisi dei mutamenti sociali, industriali e tecnologici che hanno interessato il mercato societario in questi anni). In argomento, da ultimo, si veda Cass. pen. sez. IV, 22 aprile 2008, n. 16465, in *Giu. It.*, pagg. 442 e ss. per cui si esclude, nel caso di specie, la validità della delega di funzioni i cui requisiti di validità non possono ricavarsi dalla stessa articolata struttura aziendale di grandi dimensioni.

D'altro canto, invece, l'interpretazione degli autori che si sono occupati di tale condizione (da sempre meno esposta al dibattito, rispetto ad esempio alla tematica del presupposto della forma) ha, prevalentemente, sostenuto la scarsa vincolatività della sussistenza delle notevoli dimensioni aziendali ai fini della legittimità dell'atto di delega fondando tale convincimento sull'analisi della lettera della legge, vale a dire delle modifiche introdotte con il D.lgs. n. 242/96 (ed a maggior ragione sulla base dell'attuale disciplina che non prevede alcun riferimento espresso a tale condizione) per cui, condivisibilmente, “ o si nega su un piano astratto la delegabilità dell'adempimento di obblighi personali penalmente sanzionati, ovvero, se la si ammette, non è poi possibile limitarne l'efficacia in funzione della struttura aziendale”, cfr. già D. MINGHELLI, *Dimensioni dell'impresa ed efficacia della delega di funzioni*, in *MGL*, 1982, pagg. 852-853; su questo piano, si rinvia alle esaustive considerazioni di G. BELLAGAMBA, G. CARITI, *La responsabilità penale per infortuni sul lavoro*, Torino, 1998. *Contra*, A. LUCIANI, *Il problema della delega*, cit., pag. 542 che finisce addirittura per ammetterne l'efficacia alle sole società di capitali.

<sup>12</sup> Fatti salvi, ovviamente, gli ordinari criteri di imputazione soggettiva del fatto penale; cfr. P. SCIORTINO, *op. cit.*, pag. 361.

mente degli artt. 18, 19 e soprattutto 299 del c.d. *Testo unico della sicurezza*<sup>13</sup>, non è riconducibile ad una delega, trattandosi appunto di una responsabilità diretta e propria<sup>14</sup>.

## 2. Le condizioni di legittimità della delega di funzioni.

Il riconoscimento normativo del trasferimento di funzioni prevenzionali è specificamente ammesso dal legislatore del c.d. T.U.S. che – accanto alla ereditata previsione d'ipotesi di indelegabilità assoluta, circoscritte<sup>15</sup> all'attività di valutazione di tutti i rischi con conseguente elaborazione del

<sup>13</sup> Da ora in poi T.U.S.

<sup>14</sup> Questa opzione esegetica è fatta propria da attenta dottrina già ai sensi del nuovo comma 4 *bis* dell'art. 1 del D. lgs. n. 626/94 che nel ripartire gli obblighi prevenzionali, addossandoli *ipso iure* ai dirigenti e preposti "nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze" delinea un "modello di imputazione originaria del debito di sicurezza di fonte legale", cfr. G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l'obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in *Ambiente, sicurezza, lavoro*, a cura di L. MONTUSCHI, Torino, 1997, pagg. 116-117. In questo caso, la delega rappresenta, evidentemente, un mezzo di eventuale trasferimento degli obblighi rimasti in capo al datore di lavoro, secondo la particolare organizzazione imprenditoriale, cfr. A. RUSSO, *La delega di funzioni in materia prevenzionistica*, in DPL, n. 14/2000.

In altri termini, si sottolinea, opportunamente, che il sistema dell'imputazione diretta, in forza di legge, di frazioni dell'obbligo di sicurezza è cosa diversa da un "meccanismo strutturato sulla cessione della singola posizione giuridica" del datore di lavoro e, nel primo caso, "il fascio di obblighi che la legge imputa al dirigente, al preposto (...) ha luogo a titolo originario", solo sulla base del concreto esercizio di compiti corrispondenti ad una data qualifica, così F. BASENGHI, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in QDLRI, n. 14/93, pag. 33.

Aderisce a questa indicazione anche la prevalente giurisprudenza, in specie la più recente, soprattutto quando afferma che dalla disciplina normativa contenuta nell'art. 1, comma 4-*bis*, del D.lgs. n. 626/94 (e quindi a maggior ragione oggi) "deve desumersi che i collaboratori del datore di lavoro (dirigenti e preposti) al pari di quest'ultimo sono da considerare per il fatto stesso di essere inquadrati come dirigenti o preposti e nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze destinatari iure proprio dell'osservanza dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega *ad hoc*", così Cass. pen. sez. IV, 31 marzo 2006, n. 11351, in NGL, n. 3, 2006; sullo stesso piano anche, Cass. pen. sez. IV, 25 gennaio 2007, n. 2592 e, conforme, Cass. pen. sez. III, 10 luglio 2007, n. 26708.

*Contra*, secondo altra tesi, l'eliminazione della distinzione tra obblighi posti a carico esclusivo del datore e quelli posti congiuntamente a suo carico e dei dirigenti (nonché dei preposti) testimonia la volontà del legislatore di affermare "la inscindibilità della posizione di garanzia della qualifica datoriale" salvo il successivo intervento di una delega di funzioni che verrebbe ad assumere rilievo non solo per quanto concerne l'esonero della responsabilità del datore, ma per la stessa configurabilità dei dover prevenzionistici in capo ai dirigenti e preposti; aderiscono a tale interpretazione, minoritaria, A. CULOTTA, M. DI LECCE, G. COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1998, pagg. 141 e ss. In giurisprudenza, si veda Cass. pen. sez. IV, 1° giugno 2005, n. 20604, inedita a quanto consta.

<sup>15</sup> Art. 17 del D.lgs. n. 81/2008, per cui vale appena il rilievo della mancata espressa ricomprensione nella norma in parola dell'obbligo di autocertificazione (*ex art. 29, comma cinque, T.U.S.*) riconosciuto in capo ai datori di lavoro che occupano fino a dieci lavoratori, nei limiti temporali *ivi* definiti (scadenza del diciottesimo mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto interministeriale di cui all'art. 6, comma otto, lett. *f*), e, comunque, non oltre il 30 giugno 2012).

In argomento, Cass. pen. sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, in indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, voce *giurisprudenza nazionale*.

Peraltro, vale precisare, che la norma pur non escludendo la possibilità per il datore di lavoro di servirsi di un consulente interno o esterno, impone comunque ad egli di verificare successivamente la conformità del predetto documento di valutazione dei rischi presenti in azienda, non potendo liberarsi della responsabilità rispetto alle soluzioni individuate dal terzo. Allo stesso tempo, si afferma – condivisibilmente – che la conclusione in parola non comporti una responsabilità di tipo oggettivo, perché sarà sempre necessario accertare la colpevolezza del collaboratore e per esempio nel caso in cui il professionista (idoneo e competente) incaricato dal datore di lavoro della redazione del documento di valutazione dei rischi erra nei calcoli sulla portata di un luogo di passaggio potrà essere esclusa la colpa del datore di lavoro che non era in grado di verificare l'esistenza dell'errore; cfr. C. BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lg. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. Merito*, 2008, n. 11, pag. 2767. Tuttavia, se l'omissione dell'incaricato è riconoscibile dal datore di lavoro questi risponde degli

documento previsto dall'art. 28 del D.lgs. n. 81/2008 e alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi – innovativamente codifica, recependo e chiarendo i requisiti essenziali di volta in volta già indicati dalla giurisprudenza<sup>16</sup>, le condizioni per il legittimo conferimento della delega di funzioni da parte del datore di lavoro<sup>17</sup>.

In primo luogo, nel risolvere definitivamente una questione controversa sotto il vigore delle norme previgenti<sup>18</sup>, il comma primo dell'art. 16 T.U.S., stabilisce che la delega, ove non espressamente esclusa, è ammessa a condizione che risulti da atto scritto che rechi data certa<sup>19</sup>(lett. a)); con la conseguenza di precludere la prova per testi in ordine al trasferimento di funzioni da parte del soggetto delegante<sup>20</sup>.

---

eventi ricollegabili al suo mancato controllo; in tal senso, Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, in indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, voce *giurisprudenza nazionale*.

<sup>16</sup> Tra le tante, a titolo semplificativo sugli elementi e sulla natura della delega di funzioni, si richiama Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2007, n. 10109, in *ISL*, 2008, n. 4, pagg. 188 e ss.

Per una rassegna degli orientamenti giurisprudenziali sul tema dei requisiti sostanziali e processuali della delega, si veda V. CAVALLERI, *La delega di funzioni nella materia antinfortunistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, pagg. 41 e ss.

<sup>17</sup> È lecito dubitare sull'attribuzione al solo datore di lavoro del potere di delega, seppure il richiamo espresso unicamente a questo soggetto come figura delegante sembra effettivamente precludere – sulla base di un'interpretazione letterale rigorosa – l'ammissibilità di deleghe conferite da figure non propriamente datoriali, secondo la nozione voluta dalla legge e di cui si è dato brevemente conto.

In particolare, senza escludere che la *ratio* legislativa sia orientata in questo senso, esprime la propria contrarietà a simile interpretazione F. BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza*, cit., pag. 430 per cui "la straordinaria diffusione dello strumento e, soprattutto, la sua riconosciuta ammissibilità generale portano a dubitare che il richiamo alla figura del datore di lavoro neghi l'ammissibilità di deleghe attuate, per esempio, da dirigenti, seppur con il necessario rispetto delle condizioni legalmente codificate".

Tale lettura, sia pure – si conviene – in mancanza di effettive ragioni ostative del rispetto degli *standard* di protezione in materia, appare essere ulteriormente smentita sul piano letterale dall'introduzione della disciplina della sub-delega di funzioni, a norma del c.d. decreto correttivo che ha introdotto un nuovo comma 3-bis all'art. 16 del T.U.S., per cui si rinvia *infra*.

<sup>18</sup> In specie, per alcune differenze talvolta sottolineate fra settore pubblico e privato per cui si è ritenuto che "non è richiesto che l'eventuale delega conferita a soggetto professionalmente idoneo e fornito di adeguata autonomia decisionale e finanziaria abbia forma scritta. Tale forma è da ritenere, infatti, necessaria solo quando si sia in ambito di pubbliche amministrazioni o quando il delegato debba operare sulla base di un'autorizzazione (come quella prevista per lo stoccaggio provvisorio e lo smaltimento dei rifiuti tossici e nocivi) rilasciata da una p.a. alla quale egli deve quindi rivolgersi sulla base di una procura conferitagli, ai sensi dell'art. 1392 c.c., con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere"; così, Cass. pen, sez. III, 30 settembre 1998, n. 12538, in *DPL*, 1998, pag. 3331.

<sup>19</sup> Conferma Cass. pen. sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 45931 pure relativamente a conferimento di delega anteriore all'entrata in vigore del T.U. La decisione, con una breve nota di commento, si può leggere in [www.ispesl.it/rassegnagiurisprudenza/it](http://www.ispesl.it/rassegnagiurisprudenza/it).

<sup>20</sup> In altri termini, si conviene che si tratti di un requisito previsto *ad substantiam*, vale a dire quale presupposto di validità dell'atto con conseguente nullità in caso di inosservanza. *Contra*, nel silenzio della previgente formulazione, F. FOCARETA, cit., pag. 133. Ammette, invece, la inevitabile lettura della nuova disciplina pur tuttavia criticandola, in specie con riguardo al sistema di diritto e di procedura penale vigente nel nostro ordinamento, A. RUSSO, *La delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in TIRABOSCHI (a cura di) *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, op. cit. pagg. 219-220, per cui se "nell'ambito del processo civile vi sono divieti codificati di provare specifici fatti se non con atto scritto, il processo penale si fonda integralmente sul principio del libero convincimento del giudice, che può pertanto trarre elementi di giudizio indifferentemente dai documenti e dalle testimonianze".

Peraltro, come è noto, la certezza della data del documento – presupposto della sua opponibilità ai terzi – è tipica dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata; mentre, nel caso di una scrittura privata non autenticata la data è opponibile solo se è certa e tale certezza può essere conferita, ai sensi delle disposizioni civilistiche, con la registrazione presso gli uffici preposti, oppure dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o,

Affinché la delega di funzioni possa produrre effetti sul piano giuridico, è necessaria l'accettazione per iscritto del delegato (lett. *e*)).

Il legislatore configura quindi l'atto come un negozio bilaterale<sup>21</sup> a forma scritta, la cui efficacia si conferma condizionata all'accettazione del delegato<sup>22</sup>.

È da ritenersi che – nonostante la mancanza di espressi riferimenti legali quanto alla specificazione dei compiti del delegato – l'indicazione di tutte le attività trasferite debba essere espressa nell'atto scritto in forma sufficientemente specifica, tale da consentire senza incertezze l'individuazione.

Invero, proprio con riguardo ad esse, il legislatore – da un lato – ribadisce che il delegato deve essere un soggetto competente<sup>23</sup>, in quanto in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed

infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. Su tale piano, riveste interessante rilievo operativo la prassi che – nel rimarcare che la disciplina civilistica in materia di prove documentali (in particolare, quanto previsto dagli artt. 2702 - 2704 del cod.civ.) reca un'elencazione non esaustiva degli strumenti per attribuire data certa ai documenti, in quanto si ammette di provare tale data anche in riferimento a ogni "fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento" (cfr., art. 2704, comma 3, cod. civ.) – ammette il ricorso alla c.d. "autoprestazione" presso uffici postali prevista dall'art. 8 del D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, con apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico (e non sull'involucro che lo contiene), o l'apposizione della c.d. marca temporale sui documenti informatici (ex art. 15, comma 2, legge 15 marzo 1997, n. 59; D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513; artt. 52 ss. d.p.c.m. 8 febbraio 1999) quali strumenti alternativi idonei a conferire certezza alla data e opponibilità del documento a terzi.

<sup>21</sup> In questo senso si era già espressa la giurisprudenza prevalente; cfr. da ultimo, Trib. Ravenna 21 maggio 2007, inedita a quanto consta.

<sup>22</sup> In giurisprudenza, tra le tante, si rinvia a Cass. pen. 29 gennaio, 1990, in *DPL*, 1990, pagg. 640 e ss. e Cass. pen. 2 aprile 1997, n. 3045, inedita a quanto consta.

Da ultimo, rileva Cass. pen, sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44890, in *DPL*, n. 10/2010, pag. 549, con cui la Suprema Corte di Cassazione chiarisce – in sintonia con il principio di effettività – che il delegato non può eccepire la mancanza di un requisito fondamentale della delega di funzioni (nel caso di specie, si trattava della carenza dei poteri di spesa) soltanto *a posteriori*. Al contrario, egli è tenuto ad avvertire *a priori* dell'eventuale illegittimità della delega sollecitando il datore di lavoro a realizzare le condizioni necessarie perché si verifichi il trasferimento di ruoli che la delega presuppone e, nell'ipotesi in cui le sue richieste rimangano inevase, il delegato deve rimettere la delega, pena la rilevabilità di un "concorso" del delegato all'inadempimento dell'obbligo prevenzionistico. In sostanza, con la decisione richiamata (con cui si consolida un precedente di analogo tenore, Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 2008, n. 48295, inedita a quanto consta) si sottolinea – opportunamente – che se l'accettazione costituisce requisito essenziale di liceità – così come oggi espressamente codificato dal legislatore – della delega, nel caso in cui non si verifichino oppure vengano a mancare le condizioni di ammissibilità, essa deve essere rimossa.

D'altro canto, sul punto occorre rilevare un'incongruenza del testo di legge, laddove, si prevede la necessità di indicazione di data certa solo con riferimento all'atto di conferimento della delega, mentre tale indicazione non è riprodotta con riguardo al momento – evidentemente essenziale al fine della individuazione della relativa responsabilità penale – dell'accettazione da parte del delegato, fatta salva naturalmente la contestualità di quest'ultima con la "proposta" di delega; cfr. A. RUSSO, *La delega di funzioni e gli obblighi del datore di lavoro non delegabili*, op.cit., pag. 219.

<sup>23</sup> Secondo quanto già chiarito dalla consolidata giurisprudenza, per cui si veda, tra le altre, Cass. pen. Sez. IV, 24 aprile 1990, n. 6028, in *MGL*, 1990, suppl., pagg. 126 e ss.; Cass. pen. Sez. IV, 3 aprile 1990, n. 4823, in *MGL*, 1990, pagg. 620 e ss.; Cass. pen. Se. IV, 3 novembre 1994, n. 11024, in *DPL*, 1994, pagg. 3466 e ss.; Cass. pen., sez. IV, 30 ottobre 1999, n. 12413, in *MGL*, 2000, pagg. 580 e ss.; Cass. 3 agosto 2000, n. 8979, in *FI*, 2001, II, pagg. 357 e ss.; Cass. pen., Sez. III, 20 dicembre 2002, in *FI*, 2003, II, pagg. 529 e ss.; Cass. 26 maggio 2004, n. 28126, inedita a quanto consta; Tribunale di Roma 31 marzo 2005, in *GD*, 2005, 17, pagg. 85 e ss.

In mancanza, si discute se sia ravvisabile, eventualmente, anche una responsabilità del delegato non idoneo per colpa c.d. "per assunzione"; sul punto, si rinvia alle puntuali considerazioni di F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 1999, pagg. 113 e ss).

esperienza richiesti dalle funzioni trasferite (lett. *b*)<sup>24</sup> – e, dall’altro – in conformità con il principio di effettività della delega più volte sottolineato dalla giurisprudenza, si preoccupa di assicurare che la posizione del delegato assuma in concreto il ruolo di *alter ego* del soggetto conferente nel “governo” dei fattori di rischio.

Sotto quest’ultimo decisivo profilo, si dispone che l’atto di trasferimento attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo<sup>25</sup> richiesti dalla natura dei compiti conferiti (lett. *c*)), nonché l’autonomia di spesa necessaria a svolgere le specifiche funzioni delegate<sup>26</sup> (lett. *d*)).

In particolare, il datore di lavoro che non metta il delegato nella condizione economica di operare in autonomia disvela un’attribuzione di ruoli soltanto formale con la conseguenza – cui era già pervenuto il consolidatissimo orientamento giurisprudenziale<sup>27</sup> che rispetto a detto presupposto di legittimità riconosce il carattere derivato, se non ancillare o di completamento delle altre condizioni di validità dell’istituto – che la delega è improduttiva di effetti giuridici.

Su tale piano, occorre sottolineare che la codificazione legale di tale essenziale requisito ha, tuttavia, lasciato invariata la questione cruciale in ordine alla quantificazione del potere economico da riconoscere al delegato così da consentirgli di disporre degli strumenti finanziari necessari per far fronte alle spese legate allo svolgimento delle funzioni che gli sono conferite. In altri termini, resta da chiarire se – ai fini della validità della delega – sia necessario rimettere al delegato un potere di spesa illimitato o se sia, comunque, sufficiente assegnargli un determinato “portafoglio” e, in quest’ultimo caso, di quale entità<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Il legislatore, invece, non chiarisce se detto criterio della professionalità si riferisca alle attività delegate in quanto tali o più semplicemente al loro profilo organizzativo. Sul punto, anche la giurisprudenza appare divisa, in quanto a fronte di decisioni in cui si afferma espressamente la necessità di un’idoneità *tecnica* del delegato (cfr. ad esempio, Cass. pen. sez. IV, 9 gennaio 2002, n. 478, in *MFI*, 2005), ve ne sono altre – sia pure minoritarie – in cui sembra desumersi esclusivamente un’idoneità *organizzativa* (cfr. in particolare Cass. pen. 3 agosto 2000 n. 8979, *cit.*); con la conseguenza che la diversa qualificazione può incidere in modo diverso sul momento in cui effettuare la relativa valutazione di competenza (al limite anche *ex post* in caso di idoneità organizzativa).

<sup>25</sup> Cfr. Corte appello L’Aquila, 21 novembre 2007, in *www.Dejure.giuffrè.it*

<sup>26</sup> In quanto, nessuno può ingerirsi nelle decisioni del delegato ed, in quanto, i poteri delegati sono specificamente funzionali alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. In altri termini, ci si riferisce, alla attribuzione effettiva, nel tempo, dell’autorità di conformazione agli imperativi legali, dei poteri decisionali, in uno alle prerogative di intervento sul lavoro; cfr. F. BASENGHI, *cit.*, pag. 91.

<sup>27</sup> Nell’ampia casistica pre- riforma, si vedano tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 3 novembre 1994, n. 11024, in *DPL*, 1994, pagg. 3466 e ss.; Cass. pen. Sez. IV, 23 febbraio 1993, n. 1760, *DPL*, 1993, pagg. 949 e ss.; Cass. pen. Sez. IV, 17 giugno 1997, n. 5780, in *MGL*, 1998, suppl. 17; Cass. pen. Sez. III, 23 settembre 1997, in *FI*, 1998, I, pagg. 247 e ss.; Cass. pen. Sez. IV, 30 ottobre 1999, n. 12413, in *MGL*, 2000, pagg. 580 e ss.; Cass. pen. Sez. IV, 11 luglio 2002, in *FI*, 2003, II, pagg. 324 e ss.; Cass. pen. Sez. III; 20 dicembre 2002, in *FI*, 2003, II, pagg. 529 e ss.

Da ultimo, Cass. pen. Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44890, *cit.*, con nota di A. LEVI, *Sicurezza: delega e autonomia di spesa del delegato, op.cit.*, pagg. 545 e ss., cui si rinvia per la puntuale ricostruzione operata con riguardo alla determinazione ed ai limiti di tale decisivo requisito.

<sup>28</sup> Vale sottolineare, come la risposta sia correlata indissolubilmente al tema della delimitazione dell’ampissimo precetto “a contenuto generico” disposto dall’art. 2087 cod.civ., in ordine, in specie, alla scelta tra la massima sicurezza tecnologicamente possibile, da un lato, e la massima sicurezza concretamente attuabile, dall’altro. Per un esame della norma si rinvia a A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, pagg. 209 e ss.

Alla delega di funzioni, inoltre, deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità<sup>29</sup>. Tale precisazione disposta dal comma secondo, dell'art. 16 T.U.S. – e quindi, a rigore, fuori dalle condizioni di ammissibilità elencate al comma primo – si conviene, costituisce un ulteriore presupposto di liceità della delega<sup>30</sup>.

### 3. (segue) e della *sub-delega* di funzioni.

Tra le novità, in materia di delega di funzioni, introdotte a seguito delle modifiche apportate dal c.d. decreto correttivo<sup>31</sup> vi è l'aggiunta di un nuovo comma *3-bis*, all'art.16 del T.U.S., che autorizza il *soggetto delegato a delegare a sua volta*, previa intesa con il datore di lavoro<sup>32</sup>, specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, alle medesime condizioni di legittimità alle quali soggiace, in generale, la delega.

La disposizione in parola, dunque, ammette per esplicita opzione legislativa la *sub-delega* prevenzionistica<sup>33</sup>, inquadrando l'istituto – sul presupposto che con essa si investa del compito di tutela della sicurezza dei lavoratori un soggetto provvisto della pienezza dei poteri di predisporre ed attuare le misure di protezione – quale nuovo strumento idoneo ad assolvere la funzione di ulteriore distribuzione delle competenze in materia, all'interno della complessa organizzazione aziendale.

Tuttavia, al fine di limitare il sistema della delega c.d. “a cascata” – del quale la dismissione in esame è, comunque, espressione – il meccanismo della *sub-delega* di funzioni può operare una sola volta<sup>34</sup>, così da impedire che si scarichino le responsabilità prevenzionistiche su più livelli inferiori dell'organizzazione.

A conferma del divieto espresso di un'ulteriore *sub-delega* rileva anche la previsione che essa possa essere conferita solo per “specifiche funzioni”.

Questa precisazione costituisce un limite essenziale ed ulteriore, che non sussiste per la delega *madre*, tale da comportare, comunque, la persistenza in capo al soggetto delegante (*sub-delegante*) della responsabilità connessa al complesso delle residuali funzioni delegategli dal datore di lavoro<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Sulle concrete modalità di pubblicità, nel silenzio della previsione legale, le considerazioni di A. RUSSO, *cit.*, pag. 222, per cui, in particolare, “sembra costituire modalità sufficiente la *mera* affissione dell'atto di delega nei locali dell'azienda”.

<sup>30</sup> Sul punto, concorde, Cass. pen. 17 gennaio 2000, n. 425.

<sup>31</sup> Vale ricordare, che l'integrazione apportata discende, in realtà, dalla rielaborazione di un più ampio disegno (contenuto nella bozza di decreto correttivo approvata dal Consiglio dei Ministri il 27 marzo 2009), con cui si prevedeva l'inserimento di un nuovo articolo *15-bis*, di cui si è già fatto cenno, cui si rinvia, per gli opportuni confronti, in [www.adapt.it](http://www.adapt.it), indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*.

<sup>32</sup> Tale precisazione assume indubbiamente un significato preliminarmente autorizzativo e, nel contempo come già detto, sembra confermare l'interpretazione letterale rigorosa che limita, dal punto di vista soggettivo, il potere di delega al solo soggetto definito a mente dell'art. 2, comma 1, *lett. b)*, del T.U.S.

Per cui, vale sostenere, che una *sub-delega* carente dell'autorizzazione del datore (da contenersi, ad esempio, nel documento di delega *ex art.* 16 T.U.S.) è inefficace e quindi tale da non produrre effetti traslativi della responsabilità.

<sup>33</sup> *Contra*, Cass. pen, sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48313, che si può leggere in [www.ispesl.it](http://www.ispesl.it).

<sup>34</sup> Secondo la inequivocabile indicazione dell'ultimo inciso della norma che prevede che Il soggetto al quale sia stata conferita la *sub-delega* “non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate”.

<sup>35</sup> E che, perciò, risultano essere solo in parte *sub-delegabili* con la conseguenza che non può essere trasferita la posizione di garanzia nel complesso del delegato.

#### 4. Il rinnovato obbligo di vigilanza e la residua posizione di garanzia del soggetto delegante.

Se si conviene che la presenza di tutti i requisiti legali sopra ricordati è tale da importare – sul piano giuridico – un “effetto costitutivo” di responsabilità per il delegato<sup>36</sup>, quand’anche di secondo grado<sup>37</sup>, particolarmente dibattuta è, invece, la questione che attiene, esclusivamente, al diverso profilo dell’effetto liberatorio di responsabilità del soggetto delegante con riguardo alle funzioni conferite.

In effetti, la riconosciuta necessità di utilizzare da parte dell’imprenditore l’istituto *de quo*, stante la molteplicità dei compiti da assolvere e l’elevata specializzazione degli stessi, non ha finora eliminato i dubbi con riguardo al profilo essenziale della trasmissibilità dell’originaria posizione di garanzia e delle connesse responsabilità gravanti in capo al delegante, affinché questi – in ogni caso – possa provvedere adeguatamente all’integrità dei beni a lui affidati dal sistema penale.

Nel richiamare le incertezze in materia, va tenuto in debito conto il fatto che la traslazione volontaria di quote, anche considerevoli, di debito prevenzionistico alle condizioni ammesse dal legislatore, per mezzo di delega di funzioni, richiede l’irrinunciabile bilanciamento di interessi connessi ad esigenze contrapposte: da un lato, la necessità di non approvare condotte finalizzate a preconstituire un fittizio slittamento della responsabilità verso i livelli bassi della struttura dell’impresa, o finanche estranei<sup>38</sup> ad essa, in ipotesi privi di effettivo potere decisionale in ordine alle scelte imprenditoriali, determinando una dismissione del ruolo del datore di lavoro previsto dalla normativa<sup>39</sup>; dall’altro lato, l’opportunità di scongiurare che una rigida individuazione del

<sup>36</sup> Evidentemente in caso di evento lesivo causato dall’espletamento delle attività ad esso validamente trasferite.

<sup>37</sup> In quanto *sub*-delegato; l’espressione è di P. PASCUCCI, *cit.*, pag. 55.

<sup>38</sup> Occorre ammettere la possibilità di una delega di funzioni a soggetti non dipendenti gerarchicamente dall’imprenditore. Seppure, come è noto, la questione del ricorso a professionisti esterni, che non di rado si configurano quali vere e proprie strutture specializzate, è espressamente regolata dal legislatore con riguardo al servizio di prevenzione e protezione, per cui è sancita la relativa disposizione – sostanzialmente, confermativa della analoga rinvenibile nell’art. 8 del d.lgs. 626/94 come modificato in seguito alla decisione della Corte di Giustizia UE del 25 novembre 2001 – che consente di far ricorso a persone esterne all’azienda in mancanza di adeguate capacità interne, la differente natura giuridica di quest’ultima figura rispetto all’istituto oggetto di analisi – così come già chiarito dalla dottrina (cfr., sul punto, L. MONTUSCHI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l’arte del possibile*, in *LD*, 1995, pag. 422) – va escluso che le disposizioni dettate per il servizio di prevenzione e protezione siano direttamente invocabili per la delega di funzioni conferita a soggetti esterni, che resta pertanto assoggettata alla disciplina propria, ex art. 16 T.U.S., che non contempla espressamente l’ipotesi. La delega esterna di funzioni, scarsamente indagata in dottrina è, sostanzialmente misconosciuta in giurisprudenza, per cui, tuttavia, nel senso della sua ammissibilità è possibile ricordare la rigorosa decisione di Cass., Sez.lav., 11 aprile 2005, n. 7360, che pure escludendo profili di responsabilità penale riconosce in capo al datore di lavoro, “anche se non gli si possa imputare nulla sul piano della diligenza e della scelta”, una responsabilità civile per i fatti dolosi o colposi commessi dai terzi (nella specie, l’impresa designata capogruppo in forza di un contratto di associazione temporanea), in forza della responsabilità posta dall’art. 2087 cod.civ. Per una lettura della sentenza e della relativa nota di commento si rinvia a F.M. PUTATURO DONATI, *Responsabilità ex art. 2087 cod.civ. e delega di funzioni a soggetti esterni all’impresa*, in *ADL*, 2006, n. 2, pagg. 527 e ss.

<sup>39</sup> A cominciare dal diritto comunitario dal quale trae origine la normativa interna; in particolare, proprio il piano della coerenza della regolamentazione di recepimento con la direttiva comunitaria n. 89/391/CE, è utilizzato, non di rado, a sostegno della tesi diretta ad conservare la responsabilità del delegante, in quanto si afferma che non solo la c.d. “direttiva quadro” non prevede espressamente l’istituto della delega, ma che anzi, in alcune sue disposizioni sembra adottare una logica di responsabilizzazione esclusiva del datore di lavoro. Questi argomenti, attentamente analizzati

responsabile dell'illecito dia luogo a forme di responsabilità "di posizione" incompatibili con i principi costituzionali che assistono la responsabilità penale<sup>40</sup>.

La ricerca di una forma di un punto di equilibrio di queste esigenze rileva, particolarmente, sul piano giuridico con riguardo all'istituto in esame ed è, al tempo stesso, complessa tenuto conto del fatto che – come segnalano gli studiosi di diritto penale – i reati che riguardano la prevenzione antinfortunistica hanno carattere di reati "propri"<sup>41</sup>.

Ciò premesso, pur nella diversità delle opinioni<sup>42</sup>, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario ha, comunque, ritenuto che in capo al datore di lavoro permane un obbligo di vigilanza e di controllo dell'attività posta in essere dal soggetto delegato, continuando a gravare sul titolare dell'iniziativa economica una specifica posizione di garanzia e la connessa responsabilità penale, *ex art. 40 c.p.*<sup>43</sup>

sono, tuttavia, risultati poco persuasivi a cominciare dalla necessità di non confondere il profilo dell'imputazione di un obbligo con quello della sua delegabilità; per un richiamo completo, si rinvia all'esame critico di F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, a cura di L. GALANTINO, Milano, 1996.

Per un approfondimento della normativa comunitaria e interna di recepimento, in specie per le considerazioni in tema di dovere di controllo e connessa responsabilità del datore di lavoro a tutela del lavoratore che secondo la consolidatissima giurisprudenza residua quand'anche si tratti di prevenzione dai rischi derivanti dalla disattenzioni, imprudenze o disubbidienze dello stesso lavoratore, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa, si veda S.P. EMILIANI, *Il dovere di sicurezza del lavoratore verso se stesso alla luce della normativa comunitaria*, in *ADL*, n. 1/2009, pagg. 104 e ss.

<sup>40</sup> La questione è particolarmente rilevante in quanto coinvolge direttamente il tema della effettività del principio della personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* come delineato dal Giudice delle leggi; cfr. Corte Costituzionale n. 364 del 1988, in *Giur. It.*, 1988, pagg. 1076 e ss

<sup>41</sup> Cfr. C. BRUSCO, *op.cit.*, pag. 2767, il quale sottolinea che se sono ormai superati i contrasti sull'ammissibilità del concorso dell'estraneo nel reato proprio, perdura tra gli studiosi – sul piano penale – il contrasto tra chi propende per inquadrare il problema della delega (anche) a livello della tipicità del reato e chi lo risolve (solo) sul piano della colpevolezza; per un approfondimento del tema si rinvia, in particolare, ai riferimenti delle note indicate a margine della riflessione operata dall'Autore.

<sup>42</sup> In specie, una prima rigorosa tesi alla stregua della quale la delega di funzioni non importa un mutamento dal punto di vista "oggettivo" della struttura degli obblighi penalmente rilevanti, rimanendo in capo all'imprenditore un dovere di vigilanza e controllo di portata analoga a quella dell'obbligo trasferito; cfr. a titolo esemplificativo Cass. pen., sez. III, 1° agosto 1995, n. 8782, in *DPL*, 1995, n. 37, pagg. 2439 e ss; Cass., pen. 11 luglio 1992, n. 988, in *Riv.Pen.*, 1993, pagg. 203 e ss; Cass. pen., 2 giugno 1989, in *Cass. pen.*, 1990, pagg. 1795 e ss.; Cass. pen., 17 ottobre 1989, *ivi*, 1991, pagg. 1456 e ss.; Cass. pen., 10 ottobre 1991, n. 10171, in GUARINIELLO, *Sicurezza del lavoro e Corte di cassazione. Il repertorio 1988-1994*, Milano, pag. 15. Tra le più recenti, di portata analoga, si veda Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38006, in *www.ispesl.it*.

*Contra*, altro orientamento che – soprattutto in dottrina – sostiene la necessità, anche in materia, di rinviare alla c.d. "impostazione oggettivista" in tema di delega di funzioni secondo la quale, partendo dalla constatazione della contraddittorietà di un'interpretazione che determini la permanenza di un siffatto dovere di controllo (cfr. a proposito, le critiche operate da C. TRUCCO, *op. cit.*, pag. 781) afferma l'opportunità di una opposta lettura, sulla base della quale – in presenza dei necessari requisiti di validità – la delega produce "un mutamento radicale dell'obbligo sotto il profilo oggettivo", si da comportare un trasferimento della qualifica soggettiva necessaria per l'integrazione del reato proprio sul soggetto individuato come "personalmente" tenuto all'osservanza ed esonerando da responsabilità il soggetto delegante (cfr., tra gli altri, F. BELLAGAMBA, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in *Riv.Cass.Pen.*, 1996, pag. 1280; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 11 ss.). In giurisprudenza, si veda, in specie, Cass. pen., 26 aprile 2000, n. 7402, in *Riv.Pen.*, 2001, pagg. 1321; Cass. pen., 8 settembre 1994, in *Cass.pen.Mass.*, 1995, pagg. 3504 e ss.

<sup>43</sup> Si tratterebbe di una responsabilità penale di natura colposa e, per lo più, a titolo di concorso con il delegato, in quanto si afferma, risulta difficile individuare una responsabilità sul piano *monosoggettivo* poiché, sia per il delegante

Apparentemente confermativa – ancora una volta – delle indicazioni più rigorose prevalse in giurisprudenza è la specificazione legale che conserva in capo al soggetto delegante un obbligo di vigilanza, con effetti sulla responsabilità penale, “in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite”<sup>44</sup>.

È chiaro però che la persistenza di un siffatto dovere di controllo deve trovare un limite – pena lo svuotamento di pratica efficacia del trasferimento di funzioni – nel fatto che la delega non consenta, in ogni caso, al delegante, pur sussistendo tutte le suddette condizioni di legittimità codificate dal legislatore, di spogliarsi delle connesse responsabilità.

Peraltro, vale sottolineare, sia pure solo per accenno, che se il tema del dovere di controllo è strettamente collegato – in termini di relazione inversa – al c.d. “principio di affidamento”<sup>45</sup>, in materia, tra i due soggetti interagenti, vale a dire il delegante ed il delegato, non sussiste per espressa valutazione legale un rapporto di squilibrio in termini di poteri, competenze e capacità<sup>46</sup>.

Sicché, quando si passa ad un livello di analisi più prettamente pratico – e meno teorico<sup>47</sup> - occorre convenire con l’interpretazione<sup>48</sup> che – considerato il carattere proprio della delega in quanto strumento gestionale finalizzato, nella complessità quantitativa e/o qualitativa della organizzazione aziendale, a condurre ad un sistema perfettamente autonomo dal punto di vista del corretto

sia per il delegato, mancherebbero i requisiti necessari per il riconoscimento di una responsabilità di questo tipo: il primo infatti difetterebbe dell’elemento psicologico e, comunque, non sarebbe l’autore del fatto tipico, mentre il secondo difetterebbe della qualità di intraneo richiesta per integrare il reato proprio; cfr. sul tema P. ALDROVANDI, *Il concorso di persone nel reato colposo: rassegna critica di giurisprudenza*, in *Indice pen.*, 1994, pagg. 116 ss, che pure non manca di sottolineare come esigenze di carattere sanzionatorio, ed ancor più di temuta impunità, portano spesso la giurisprudenza a forzare la portata dell’istituto del concorso di persone.

<sup>44</sup> A mente dell’art. 16, comma terzo, primo inciso.

<sup>45</sup> In quanto si conviene che il legittimo affidamento dell’imprenditore nelle capacità dei suoi collaboratori e nel dovere di diligenza da essi contrattualmente assunto, svolge un ruolo determinante dal quale è possibile prescindere solo sulla base di fondate motivazioni.

<sup>46</sup> Cfr. G. DE SANTIS, *Effetti Penalistici del “correttivo” (D.lgs. n. 106/2009) al Testo Unico Sicurezza (D.lgs. n. 811/2008)*, in *Resp.civ. e prev.* 2010, n. 3, pag. 706, alle cui puntuali considerazioni si rinvia per un approfondimento di questo profilo dell’analisi; in particolare, laddove si sottolinea che questa relazione determina l’esclusione di una “incompatibilità assoluta” tra potere di controllo e affidamento a favore del terzo in quanto in tema di delega di sicurezza la relazione va spiegata non già con riguardo all’incapacità del delegato poiché quest’ultimo è da intendersi – ancor di più oggi, dopo la rigorosa formalizzazione delle condizioni di validità della delega – un vero “professionista” della sicurezza, dotato di tutti i poteri e le capacità per adempiere. Anzi, si sottolinea, che è proprio la normale incapacità tecnica del datore di lavoro a far ritenere indispensabile una delega a favore di soggetti più competenti per l’assolvimento dei compiti – in quanto rientranti nel novero di quelli delegabili – in materia antinfortunistica, pena il configurare, per contro, un profilo di *colpa per assunzione*, di fronte al verificarsi di eventi che un tasso di competenza superiore avrebbe potuto evitare.

Diverso, evidentemente, è il potere di controllo che derivi da debolezza intrinseca del destinatario della protezione dovuta dal garante, condizione questa che si realizza nel caso del lavoratore, la cui incolumità è salvaguardata, secondo il consolidatissimo orientamento della giurisprudenza, anche dai rischi che derivino dalle sue stesse disattenzioni, imprudenze o disubbidienze, in quanto la sua condotta “non assuma i caratteri della abnormità e della assoluta in opinabilità”; cfr. tra le tante, Cass. 17 marzo 1999, n. 2432, in *RIDL*, 1999, II, pag. 766.

<sup>47</sup> Così, A. RUSSO, *cit.*, pag. 224.

<sup>48</sup> Ci si riferisce, in sostanza, a quella posizione interpretativa “intermedia” rispetto ai due opposti schieramenti indicati nel testo che – sul piano del diritto penale – pur sostenendo l’inderogabilità della posizione di garanzia del datore di lavoro ammette la possibilità per l’imprenditore di costituire altri soggetti “in posizioni tipiche di garanzia” con la precisazione che i requisiti della delega rappresentano condizioni positive della responsabilità del delegato; cfr. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *RGL*, 1978, IV, p. 180 ss

In giurisprudenza, si veda la recente Cass. 16 dicembre 2009, n. 3360, in *www.deiure.it*.

adempimento degli obblighi di sicurezza e, al tempo stesso, coerente con i principi del diritto penale<sup>49</sup> – esclude, con certezza, che alla delega di funzioni consegua un carattere esimente della responsabilità del datore di lavoro, limitatamente all’ipotesi in cui il datore, venuto a conoscenza di situazioni di pericolo inerenti lo svolgimento delle funzioni delegate, assuma un atteggiamento di inerzia e di tolleranza<sup>50</sup>.

In altri termini, si afferma che spetta al datore di lavoro – quale obbligo che deriva dalla sua posizione di garanzia, per questa parte ineliminabile – il dovere di rilevare i c.d. “indici di inosservanza”<sup>51</sup>, ossia tutti quei segnali che indicano la possibilità che il delegato non osserverà il dovere di diligenza suo proprio (per impossibilità, incapacità, mancanza di volontà o per qualsiasi altra ragione).

Pertanto, se non vi è dubbio sulla necessità di accertare – caso per caso – le colpe ascrivibili al comportamento del datore di lavoro che, pur potendo attivarsi per impedire l’accadimento dell’evento, non lo abbia fatto, cooperando in tal modo al verificarsi dello stesso<sup>52</sup>, nel contempo, occorre evitare che sia riconosciuta – in ogni caso – una forma di responsabilità – per così dire – oggettiva di posizione<sup>53</sup>.

Su questo piano, si è osservato<sup>54</sup>, già nella lettura della formulazione originaria della disposizione in esame che l’inserimento della disposizione in un quadro normativo atto a valorizzare il nesso tra colpa ed organizzazione aziendale appare tale da favorire un’evoluzione concettuale verso approdi

<sup>49</sup> Tra i quali, come è noto, non trova spazio alcuna forma di responsabilità oggettiva.

<sup>50</sup> Secondo l’interpretazione unanimemente accolta dalla giurisprudenza in materia di delega di funzioni negli Enti locali, nel rapporto tra vertice politico e dirigenza tecnica. Si vedano, in tal senso, fra le tante, Cass. pen., sez. II, 10 agosto 2000, n. 794, in *SJ*, 2001, n. 4, p. 475; Cass. pen., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, in *DPL*, p. 1851; Cass. pen., sez. III, 24 novembre 1997, n. 19671.

È evidente, peraltro, che il suddetto obbligo di vigilanza non può né essere interpretato come un obbligo di natura impeditiva avente ad oggetto il controllo delle fonti di pericolo né, tantomeno, comportare una forma di ingerenza del delegante sulle funzioni trasferite al delegato: in tutti e due i casi, infatti, l’effetto liberatorio sarebbe precluso in ragione del venir meno di quell’autonomia operativa, organizzativa e gestionale che la norma stessa pone a fondamento della delega di funzione, per cui il soggetto conferente tornerebbe alla originaria posizione di garanzia nei confronti di tutti gli obblighi prevenzionali; cfr. sul punto il commento di G. ALICE, A. DE SANCTIS, R. DE LORENZIS, *Correttivo TU sicurezza: delega di funzioni ed effettività della posizione di garanzia*, in *GL N. 37/2009*, in specie pag. 19.

<sup>51</sup> G. DE SANTIS, *cit.*, pag. 708.

Nella casistica giurisprudenziale, si ricorda, spiccano su tale piano le c.d. “prassi non corrette” per cui è configurabile una *culpa in vigilando* ogni qual volta l’infortunio consegua ad un *prassi di lavoro insicura* della quale il datore di lavoro delegante non poteva non avere contezza e quindi non potendo quest’ultimo scagionarsi assumendo di averla ignorata; paradigmatica è sul punto, Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 2006, n. 14419, in R. GUARINIELLO, *op. cit.*, pag. 15.

Ed è stato chiarito, con riguardo ai tempi di intervento del soggetto delegante, che il sorgere dei doveri impeditivi in capo a quest’ultimo è ricollegato non alla conoscenza effettiva dell’inadempienza del delegato, ma alla sua conoscibilità; cfr. In questo senso F. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006, pagg. 234 e ss.

<sup>52</sup> Si vedano, in tal senso, fra le tante Cass. pen., sez. III, 10 agosto 2000, n. 794, in *ISL*, n. 4, 2001, pagg. 364 e ss; Cass. pen., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, in *DPL*, 1996, pag. 1851.

<sup>53</sup> Tenendo in debito conto che per definizione di legge il delegato è il soggetto a cui l’imprenditore si affida perché dotato dei requisiti di idoneità richiesti dalle funzioni trasferite, in quanto eventualmente non posseduti dallo stesso delegante; di talché, la *culpa in vigilando* finisce per essere addirittura priva di contenuto se giustificata solo da pretese superiori conoscenze del datore di lavoro rispetto all’esperto.

<sup>54</sup> Cfr. M. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, n. 7, pagg. 827 ss.

più articolati dell'ampia accezione del dovere di sorveglianza *ivi* contenuta, quale “residuo non delegabile”.

In tal senso, è decisamente orientata l'ultima formulazione della norma<sup>55</sup> atta a consentire un contemperamento delle esigenze già significativamente rilevate in stretta connessione con il più volte richiamato principio di effettività della tutela prevenzionistica.

Innovativamente, infatti, il legislatore del decreto correttivo introduce una presunzione di assolvimento degli obblighi di sorveglianza in caso di predisposizione ed attuazione di un idoneo modello di organizzazione e controllo che, in quanto specificamente orientato a percepire, con la massima tempestività, i possibili indici di inosservanza, esima il datore di lavoro anche da *culpa in vigilando*<sup>56</sup>.

### **5. L'efficacia esimente della delega prevenzionistica: quale rilevanza dei modelli di organizzazione e gestione ex D.lgs. n. 231/2001 e quale presunzione di adempimento dell'obbligo di sorveglianza del datore di lavoro?**

In sostanza, in una prospettiva di certezza del diritto, con la disposizione di cui all'art. 16, comma 3, ultimo inciso, il legislatore sembra ammettere la possibilità – alle condizioni *ivi* stabilite – di pervenire ad un trasferimento della responsabilità al solo garante derivato, in quanto la sorveglianza del soggetto conferente<sup>57</sup> si risolva nell'adozione di modelli organizzativi atti a consentire di accertare il buon funzionamento e l'efficacia del meccanismo delle deleghe nella determinata realtà aziendale.

Si tratta, specificamente, dei modelli organizzativi capaci di prevedere “un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate” da sottoporre a riesame ogni qual volta “siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in

<sup>55</sup> Con la quale viene esplicitamente statuito che “l'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4”; va, peraltro, appena sottolineato, che la modifica normativa in parola consente di superare la questione relativa al significato da attribuire all'avverbio “anche” che, contenuto nella previgente disposizione di richiamo ai modelli di organizzazione e gestione ex D.lgs. n. 231/2001 pareva non richiederne la necessaria attuazione e, in ogni caso, non consentiva di attribuire ad essa particolare valore esimente.

<sup>56</sup> Anche sul punto, è possibile richiamare taluni – per la verità assolutamente minoritari - precedenti giurisprudenziali con cui la Cassazione penale ha cercato di delimitare più rigorosamente il ricorso alla c.d. *culpa in vigilando*, affermando che “una volta che il soggetto di vertice abbia adempiuto ai doveri primari imposti dalla sua posizione, strutturando l'organizzazione in modo idoneo alla salvaguardia dei beni penalmente tutelati, e che lo stesso si sia curato di predisporre un apparato finalizzato al controllo della persistenza di tali condizioni di idoneità, non è neppure consentito il giudizio di colpevolezza sotto il profilo della *culpa in vigilando*”, così Cass. pen., sez. III, 26 febbraio 1998, n. 681 in *RIDPP*, 2000, I, pagg. 364 e ss.; o anche, Cass. pen. sez. III, 3 aprile 1998, in *ISL*, n. 5, 1998, pagg. 273-274.

<sup>57</sup> Resta da precisare che tale meccanismo di assolvimento dell'obbligo di vigilanza, è espressamente riferito all'ipotesi di delega ex art. 16 del T.U.S. non essendo riprodotto dallo stesso legislatore, specificamente, nell'ipotesi pure oggi, si è detto, regolata di *sub-delega* di funzioni.

Peraltro, tale evidente “disparità di trattamento” tra datore di lavoro delegante e *sub-delegante* (che già, opportunamente, è sottoposto al rigore della relativa disciplina limitativa) viene superata nei primi commenti in dottrina facendo leva, nel silenzio del legislatore e in mancanza di ragioni ostative, su una applicazione analogica *in bonam partem* del regime esplicitato per il primo; cfr., sul punto, tra le altre, le osservazioni di G. DE SANTIS, *op.cit.*, pag. 713 e di F. BACCHINI, *cit.*, pag. 489.

occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico”<sup>58</sup>.

L'addebito che l'ordinamento potrà muovere al datore di lavoro – quale titolare della posizione di garanzia originaria, per la parte non superabile – allora, non sarà più quello di non aver vigilato sull'osservanza delle norme cautelari da parte del delegato (che è professionista, scelto in ragione delle competenze possedute), bensì di non aver predisposto una organizzazione che si “presume” di per sé idonea al fine di considerare assolto l'obbligo di vigilanza *ex art. 16, comma terzo*.

Chiarito che tale disposizione, alla quale soltanto è fatto espresso richiamo, non deve essere necessariamente identificata, ieri come oggi, con l'adozione del modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativo-penale delle persone giuridiche – in quanto non vi è coincidenza fra i due profili<sup>59</sup> – vale precisare i limiti della presunzione legale sopra richiamata.

A tal riguardo, anche considerando il tenore letterale delle disposizioni normative in esame, deve escludersi che si tratti di una presunzione assoluta (*iuris et de iure*), dovendo ammettersi prova

---

<sup>58</sup> Appunto, a mente della previsione sancita dall'art. 30, comma 4, del D.lgs. n. 81/2008, che rubricato “modelli di organizzazione e gestione”, in particolare, regola in tema di sicurezza la questione, fortemente dibattuta nel passato, connessa alla responsabilità “penale-amministrativa” delle persone giuridiche.

La norma – di cui non può darsi compiutamente conto in questa sede – si palesa come una delle disposizioni chiave del nuovo impianto normativo, finalizzato com'è ad incentivare comportamenti virtuosi di gestione del rischio in chiave prevenzionale, in quanto detta una disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione, relativa ai reati di cui all'articolo 25-*septies*, del decreto legislativo n. 231 del 2001 introduttivo della responsabilità amministrativa degli enti collettivi, (articoli 589 e 590, comma 3, c.p.: omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro), che si pone in rapporto di specialità con la generale disciplina di cui agli articoli 6 e 7, decreto legislativo n. 231 del 2001. Per un approfondimento del tema si rinvia a SGUBBI-MANES, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi: spunti problematici e questioni applicative*, in *Ius*, 17, 2009, pagg. 231 e ss.

<sup>59</sup> Ed in particolare, con l'istituzione e il funzionamento dell'organismo di vigilanza e controllo di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 231/2001, disciplinata dall'art. 30, tutto, del D.lgs. n. 81/2008, in quanto l'art. 16, comma 3, si limita al richiamo, appunto, al solo comma 4, dell'art. 30 dello stesso T.U.S.

Sul punto, si rinvia alle riflessioni di F. BACCHINI, *cit.*, pag. 486. In specie, nell'affermare che la previsione contenuta nella specifica disciplina della delega di funzioni (art. 16, comma 3, D.lgs. 81/2008), stante la limitatezza del richiamo (al solo art. 30, comma 4, D.lgs. 81/2008), “non si presta, quindi, all'interpretazione secondo la quale o tale sistema di controllo coincide con le funzioni dell'organismo di controllo di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 oppure si tratta di un altro livello di controllo che viene a sommarsi alle procedure e ai soggetti previsti dal D.lgs. n. 231/2001”. La conseguenza di tale ricostruzione – pienamente condivisibile – è che solo se “l'organo dirigente dell'ente collettivo dotato di personalità giuridica (e, non il datore di lavoro, che, diversamente, in quel contesto giuridico, rappresenta uno dei soggetti apicali da controllare *ex art. 5, comma 1, lett. a)* del D.lgs. n. 231/2001), abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione rispondente ai requisiti dell'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 e dell'art. 30 del D.lgs. n. 81/2008” in aggiunta “alla potenziale efficacia esimente della responsabilità amministrativo-penale” dell'ente collettivo relativa ai reati dettati in materia di sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*, D.lgs. n. 231/2001) “si configurerà, ovviamente attesa la costituzione del sistema di controllo sull'osservanza del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità, anche la presunzione di adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di vigilanza nei confronti del delegato”. Altrimenti, allorquando, l'organo dirigente dell'ente collettivo dotato di personalità giuridica (ed anche in questo caso, con la specificazione che non si tratta del datore di lavoro) non abbia adottato un modello rispondente ai requisiti di cui all'art. 6 del D.lgs. n. 231/2001 e all'art. 30 del D.lgs. n. 81/2001, limitandosi all'adozione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, del D.lgs. n. 81/2008, pur producendosi la presunzione di adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di vigilanza nei confronti del delegato, non si potrà configurare alcuna efficacia esimente della responsabilità amministrativo-penale dell'ente medesimo.

contraria di quanto presunto, vale a dire l'ipotesi di attuazione di un sistema di verifica e controllo non idoneo a salvaguardare l'integrità dei beni tutelati.

Si tratta, dunque, di una presunzione relativa<sup>60</sup> (*iuris tantum*), tale da determinare un'inversione dell'onere della prova; di talché, nel procedimento giudiziario sarà a carico del soggetto interessato fornire la prova della violazione dell'obbligo di vigilanza – e non già del datore di lavoro di aver assolto l'obbligo (o di non aver potuto assolvere per cause a lui non imputabili), in quanto destinatario della presunzione legale in parola – e quindi, della predisposizione ed attuazione di un modello non conforme alla previsione legale *ex art. 30, comma 4, del T.U.S.*

D'altro canto, affinché lo schema legale abbia significato va tenuto in debito conto – mutuando le considerazioni che, su questo piano, sono state già fatte in tema di responsabilità dell'ente di fronte alla commissione del reato presupposto da parte di uno dei soggetti definiti *ex art. 5, comma 1, D.lgs. n. 231/2001*<sup>61</sup> – la prospettiva da preferire in sede giudiziale non può che essere quella dell'accertamento che sia diretto ad appurare “un'attitudine preventiva” del modello ovvero, a provare, *ex ante*<sup>62</sup>, la mancanza o l'inidoneità dello stesso, in quanto elemento fondante l'adempimento dell'obbligo di vigilanza del soggetto conferente.

## **6. Il nuovo comma 3-bis, dell'art. 18 T.U.S. e le implicazioni della norma in tema di generale posizione di garanzia del datore di lavoro: cenni.**

L'esame della materia concernente le condizioni di ripartizione dell'obbligo di sicurezza sul lavoro e delle connesse posizioni di garanzia<sup>63</sup>, come disciplinata dal nuovo quadro regolamentare, postula un richiamo – sia pure sintetico – alle modifiche che il legislatore del 2009 ha apportato al testo dell'art. 18 del T.U.S., in specie a proposito dell'inserimento di un nuovo comma 3-bis che conclude l'elenco degli obblighi del datore di lavoro e del dirigente e che potremmo rubricare – se i commi avessero titolo – “obbligo di vigilanza”<sup>64</sup>.

Invero, con la disposizione in esame, il legislatore prevede uno specifico obbligo di controllo datoriale con riguardo agli adempimenti propri di ciascuno dei soggetti indicati – tra cui il lavoratore – precisando che, laddove tale controllo sia stato effettivamente effettuato, la mancata attuazione degli obblighi propri posti in capo ai terzi, determina l'esclusiva responsabilità di quegli stessi soggetti richiamati.

<sup>60</sup> Così, F. BACCHINI, *cit.*, pag. 487.

<sup>61</sup> Cfr. G. DE SANTIS, *op.cit.*, pag. 711 ove si afferma, in particolare in nota 31, che “pensare all'idoneità (=efficacia preventiva) del modello come dimostrazione postuma della propria effettiva capacità di prevenire il reato significherebbe cancellare questo requisito dallo schema legale, giacché mai, allora un modello, quando ormai l'ente si trova davanti al giudice (perché il reato è stato commesso), potrà essere considerato idoneo”.

<sup>62</sup> *Ibidem*, in quanto, si sottolinea opportunamente, che “va da sé che la circostanza che il reato sia stato consumato nonostante il modello indizierebbe, *ex post*, di per sé della inidoneità di quest'ultimo”.

<sup>63</sup> In quanto diretto a realizzare la “garanzia di una adeguata tenuta delle condizioni ambientali oltre che di un proficuo esercizio dell'iniziativa economica privata”; in questi termini, F. FOCARETA, *cit.* pag. 119.

<sup>64</sup> Il disposto in parola, infatti, stabilisce che il datore di lavoro e i dirigenti, oltre ai vincoli elencati nel comma 1, sono altresì tenuti “a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25, ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti”

In altri termini, la definizione dell'oggetto dell'obbligo di vigilanza del datore di lavoro (e del dirigente) in relazione agli obblighi propri degli altri soggetti – così come compiuta dalla norma – chiarisce che la posizione di garanzia sull'operato dei terzi incontra il limite della mancanza di nesso causale e/o di colpa<sup>65</sup> laddove, rispettivamente, il datore, in quanto ne è titolare, non abbia offerto con la propria condotta alcun contributo causale all'inadempimento dei terzi, ovvero, non vi sia stato un difetto di vigilanza.

Si tratta di una disposizione che seppure fortemente limitata rispetto alle intenzioni che ne hanno ispirato la formulazione<sup>66</sup> appare – quantomeno sulla base di un'interpretazione che tenga conto, anche, di questa origine – capace di delimitare l'inesauribile portata che la *culpa in vigilando* è andata progressivamente assumendo in giurisprudenza – come si è brevemente rappresentato – in specie a favore del beneficiario delle norme di protezione<sup>67</sup>.

Del resto, seppure il raggiungimento dell'obiettivo sotteso alla *ratio* in parola sia tutt'altro che scontato e tale da restare fortemente ancorato alla questione, ancora una volta cruciale, della prova della concreta effettuazione dell'effettivo controllo, occorre opportunamente escludere una lettura riduttiva della norma che abbia perciò un valore “meramente dichiarativo” di una disciplina già enucleabile *aliunde* (in termini di sostanziale ripetizione della sussistenza dell'obbligo di vigilanza senza alcuna ulteriore specificazione)<sup>68</sup>.

Così come non può ammettersi una lettura diversa alla stregua della quale, all'opposto, si attribuisca alla disposizione una funzione incriminatrice<sup>69</sup>, tale da importarne un sostanziale ed ingiustificato rovesciamento, non coeso rispetto ai principi di cui è informato il nuovo quadro regolamentare, a partire dal principio di effettività.

---

<sup>65</sup> Del resto, secondo una lettura più critica del reale effetto innovatore della nuova formulazione, si osserva che “trattandosi dei due limiti consueti che incontra il dovere, penalmente sanzionato, di controllo sul comportamento di terzi, la nuova disposizione, allora, nulla aggiunge (o toglie) al sistema di imputazione oggettiva e soggettiva del fatto illecito del terzo al soggetto-garante”; cfr. G. DE SANTIS, *op.cit.*, pag. 715.

<sup>66</sup> Anche in questo caso si tratta di una modifica introdotta sulla base di un progetto ispiratore più ampio, sì da prevedere un nuovo art. 15-*bis*, come previsto dall'art. 10-*bis* dello schema di decreto correttivo, c.d. norma “salva manager”, di cui si già è fatto cenno, che non è stato riprodotto nel testo del correttivo licenziato; cfr. F. BACCHINI, *op.cit.*, pag. 484, cui si rinvia per un richiamo delle ragioni di criticità della previsione che non ne hanno, sostanzialmente, consentito la definizione nel testo approvato.

<sup>67</sup> Tra le tante, si ricorda Tribunale di Modena, sez. I, 18 agosto 2005, secondo cui il dovere di vigilanza che grava sul datore di lavoro e i suoi collaboratori impone al medesimo di impedire al lavoratore di svolgere determinate mansioni non in condizioni di sicurezza, per cui il datore risponde per la violazione dell'obbligo di vigilanza anche se il lavoratore edile si rifiuta di indossare le cinture di sicurezza nelle lavorazioni sui ponteggi, in quanto la volontà del lavoratore non produce un'esenzione da responsabilità del datore di lavoro, per l'indisponibilità dei diritti all'integrità fisica e alla vita. In particolare, si sottolinea, che la norma in parola (art. 18, comma 3-*bis*) espressamente richiama, tra gli altri, l'art. 20 di disciplina degli “obblighi del lavoratore”.

<sup>68</sup> Di questo avviso, invece, G. DE SANTIS, *op.cit.*, pag. 715.

<sup>69</sup> Tu nel senso che il «difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti» potrebbe consentire di estendere la loro responsabilità penale anche per le contravvenzioni di cui gli artt. 19, 20, 22, 23, 24 e 25, senza tener conto del fatto che queste sono configurate come reati propri di soggetti che sono autonomamente titolari di posizioni di garanzia in relazione al medesimo bene giuridico consistente nella salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Infatti, identificando una sorta di posizione di garanzia di secondo grado, si giungerebbe al paradosso che il datore di lavoro possa duplicemente rispondere per lo stesso contesto omissivo sia dei reati costruiti intorno alla sua posizione previsti dal Tu, sia di quelli espressamente richiamati dalla norma in commento e costruiti intorno ad altre e diverse posizioni tipiche di garanzia (per esempio: preposto, medico competente).

In una prospettiva di certezza, si sarebbe forse potuto – ma si può, eventualmente, rimediare in via interpretativa – al fine di rendere concretamente e semplicemente operativo l’obbligo, stabilire, così come espressamente previsto solo in caso di delega per l’ipotesi di sorveglianza dell’attività dei delegati, che tale obbligo si intende assolto in caso di adozione ed attuazione del modello di verifica e di controllo indicato dallo stesso legislatore del T.U.S. (vale a dire proprio quello richiamato a mente dell’art. 30, comma 4).

Del resto, non è ravvisabile alcuna significativa contraddizione per la quale la predisposizione di tale sistema, nei modi e nel senso sopra precisati, non possa avere efficacia esimente della responsabilità datoriale anche nel caso disciplinato dall’art. 18 T.U.S.

Senza contare che tale ultima ed ulteriore indicazione appare coerente con gli obiettivi dichiarati dal complessivo progetto di riforma in quanto diretto ad incentivare l’evoluzione di un sistema prevenzionale primario ed il consolidamento di buone prassi aziendali<sup>70</sup>.

## 7. Considerazioni finali.

L’ordinamento giuridico, in materia, è, dunque, caratterizzato da un sostanziale “principio di inderogabilità” complessiva delle posizioni di garanzia che, tuttavia – come si è cercato di argomentare – deve, opportunamente, collegarsi rispetto ad un “principio di effettività”, per cui l’obbligo di garantire la tutela prevenzionistica sorge, di necessità, in capo a chi ha i poteri di decisione e di spesa per la protezione del lavoratore<sup>71</sup>.

Su tale piano, in ultima analisi, si sottolinea che se all’”organigramma di sicurezza”<sup>72</sup> – definito come complesso delle “procedure per l’attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell’organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri”, e perciò momento essenziale del documento di valutazione dei rischi ed espressione fondamentale dell’autonomia di ogni singola azienda nell’organizzazione della sicurezza – è richiesta aderenza con il quadro delle posizioni di garanzia

<sup>70</sup> Come è noto, il T.U.S. definisce le buone prassi come soluzioni organizzative procedurali, coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. Esse sono elaborate e raccolte dalle Regioni, dall’Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro (ISPESL), dall’Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro (INAIL) e dagli organismi paritetici di cui all’art. 51, validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all’art. 6, previa istruttoria tecnica dell’ISPESL, che provvede ad assicurarne la più ampia diffusione.

<sup>71</sup> Cfr. per tutte Cass. pen. sez. III, 3 agosto 2005, n. 29229, *cit.*

Peraltro, su tale piano occorre aggiungere – a titolo di completezza – che questi criteri sono quelli che pongono le maggiori difficoltà nella Pubblica Amministrazione poiché non si può prescindere dalla separazione, quasi sempre presente, tra poteri gestionali ed organizzativi e la disponibilità di risorse finanziarie. In questa prospettiva, si ricorda brevemente che laddove non sia individuabile un dirigente, si deve ritenere che il datore di lavoro sia il funzionario, nel solo caso in cui questo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall’organo di vertice delle singole amministrazioni, tenuto conto dell’ubicazione e dell’ambito funzionale in cui viene svolta l’attività, e che sia dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa; per un esame del tema – che si è scelto di trascurare nel lavoro per esigenze di brevietà – si rimanda, alla puntuale analisi di P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, *cit.*

<sup>72</sup> In special modo riferito agli artt. 17, comma 1, e 28, comma 2, lett. d); cfr. G. DE SANTIS, *op. cit.*, pag. 715.

legalmente date, nei limiti di legge, appare possibile adattarne la portata per realizzare un'organizzazione aziendale coerente con le relative esigenze<sup>73</sup>.

Sicché, a fronte di una capillare e minuziosa attribuzione di “obblighi impeditivi”<sup>74</sup> che trovano fonte nel sistema istituzionalizzato di sicurezza del lavoro – a cominciare e per finire con la fortissima formula, dichiaratamente “di chiusura”, di cui all’art. 2087 cod.civ.<sup>75</sup> – è ben possibile sostenere che, nell’ambito delle organizzazioni di lavoro sempre più complesse, il rispetto dei principi di responsabilità (non solo di natura penale) e, nel contempo, la salvaguardia delle esigenze di giustizia sostanziale, richiedono che alle forme ed agli “strumenti di flessibilità” di protezione e sicurezza, ammessi alle rigorose condizioni di legge determinate *ex ante*, consegua di necessità un effetto liberatorio certo<sup>76</sup>.

Vale, perciò nell’ambito degli stessi “obblighi impeditivi” tentare di distinguere dalle posizioni dirette di prevenzione e di controllo su fonti di pericolo – nel caso, con assunzione piena di garanzia e responsabilità posta in capo ai soggetti debitori – altre e differenti posizioni, anche sul piano delle conseguenze giuridiche, in quanto posizioni volte all’impedimento di azioni illecite di altri soggetti che sono i titolari degli specifici obblighi (è questo il caso dell’obbligo *ex art. 18, comma 3-bis*) ovvero, infine, posizioni di *mera* verifica di rilevazione dell’adempimento delle funzioni validamente conferite (*ex art. 16*) ad idonei soggetti delegati dal datore di lavoro che ancorché debitore originario, è chiamato – nella realtà economica moderna – ad una suddivisione dei compiti a lui affidati, stante le accresciute esigenze di specializzazione dei ruoli, per la predisposizione di un compiuto sistema di sicurezza sul lavoro.

In questi ultimi casi, evidentemente cruciale – ove si ammetta il conseguente trasferimento della posizione di garanzia e delle connesse responsabilità del titolare dell’iniziativa economica – è la progettazione e l’adozione di un modello di organizzazione e di governo, funzionale alla natura della gestione e dei rischi di impresa, che consenta al datore di lavoro di prevenirli efficacemente anche – come nel caso – attraverso la rilevazione degli indici di inosservanza degli obblighi dei diversi soggetti che ne siano titolari, sia pure a carattere derivato.

---

<sup>73</sup> Così, sia pure indirettamente, conferma Cass. pen., sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 8620 ove afferma che “in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l’eventuale delega rilasciata dal datore di lavoro con cui vengono conferite anche funzioni non delegabili per espressa volontà di legge, come quelle relative alla valutazione dei rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori nell’ambito della scelta delle attrezzature di lavoro, non diviene solo per questo integralmente invalida, ma continua a spiegare i propri effetti per la parte relativa alle funzioni invece delegabili”; in quanto, secondo la Corte di Cassazione la indelegabilità da parte del datore di lavoro dell’obbligo della valutazione dei rischi con riferimento alle attrezzature di lavoro riguarda la fase di scelta e non di gestione delle stesse che può essere invece affidata anche a terzi.

Per contro, si conviene che pur a fronte di una delega corretta ed efficace, non potrebbe andare esente da responsabilità il datore di lavoro allorché le carenze nella disciplina antinfortunistica e, più in generale, nella materia della sicurezza, attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità di intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza; cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008 n. 4123

<sup>74</sup> L’espressione è di G. DE SANTIS, *op.cit.*, pag. 730.

<sup>75</sup> Per una disamina delle “dimensioni” della norma e della relativa valutazione critica, si rinvia, per tutti, a A. VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell’impresa: le barbarie del diritto*, scritto destinato agli studi in onore del Prof. Giuseppe Alibrandi, che si può leggere in *MGL*, n. 6, 1995, pagg. 790 e ss.

<sup>76</sup> Secondo l’insegnamento della migliore dottrina per cui “la certezza del diritto è la ragione stessa per cui il diritto esiste, quale strumento di sicurezza dell’individuo nei rapporti con gli altri”, così A. VALLEBONA, *op.cit.*, pag. 790.

D'altro canto, si osserva<sup>77</sup>, che per converso le scelte in materia di sicurezza e salute devono diventare azioni usuali di gestione, vale a dire essere oggetto esse stesse di decisioni di ruolo di tutti gli attori coinvolti.

In questa prospettiva la logica – che, pure, sembra emergere da una prima valutazione di insieme del nuovo quadro regolamentare – diretta ad una valorizzazione di idonei modelli di organizzazione e dei luoghi di lavoro in funzione della valutazione e della gestione del rischio<sup>78</sup> è senz'altro da condividere, tenuto conto che in un Paese come il nostro, che conosce da tempo una delle legislazioni più avanzate del mondo in materia, la spiegazione – e la possibile soluzione – del problema degli infortuni sul lavoro è in effetti, tutta di ordine sostanziale, e non già formale<sup>79</sup>, ed impone di intervenire su un complesso intreccio di fattori organizzativi, culturali e comportamentali.

Cosicché, essenziale, ci pare, è l'impulso che la novella può imprimere – anche sul piano della valutazione giurisprudenziale in tema di efficacia esimente della responsabilità datoriale in presenza di un valido incarico di funzioni – laddove si incoraggi la rilevata centralità della connessione tra sicurezza del lavoro ed organizzazione dell'attività dell'impresa.

Sabrina Cassar

*Ricercatore di Diritto del lavoro  
Università degli studi di Roma "Tor Vergata"*

---

<sup>77</sup> Cfr. le riflessioni di L. GOLZIO, A. MONTEFUSCO, *Modelli di organizzazione e gestione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op.cit.*, pag. 391.

<sup>78</sup> Così si giunge ad un vero e proprio modello di qualificazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 27 T.U.S. – non a caso a parere di chi scrive inserito alla fine del Capo III (*Gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro*), sezione I (*Misure di tutela e obblighi*) al fine di determinare e precisare gli obblighi elencati nelle norme che precedono; ovvero, finanche, specificamente si conviene di legare i meccanismi premiali a favore delle imprese più diligenti al rispetto di principi di c.d. responsabilità sociale (in specie, art. 11 T.U.S.), per cui le scelte organizzative, gestionali ed economiche dell'impresa devono tener conto delle ricadute sociali, ambientali e culturali da esse scaturenti.

<sup>79</sup> In questi termini M. TIRABOSCHI, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla prova del "testo unico"*, in *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., pag. 10.