

in Giu. pen. | **553** LA DELEGA DI FUNZIONI,
2011, p. 1581 TRA VECCHIO E NUOVO SISTEMA
DI PREVENZIONE ANTIINFORTUNISTICA

Il testo costituisce la rielaborazione di due relazioni tenute in due incontri di studio organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, rispettivamente l'8 giugno 2009 «Infortuni sul lavoro e malattie professionali: l'accertamento in fase di indagini e nel giudizio» e il 13 dicembre 2010 «Il punto sulla tutela antiinfortunistica tra prevenzione e repressione, in sede penale e civile».

Sommario 1. Premessa. L'introduzione di una disciplina normativa della delega di funzioni. — 2. L'assetto sistematico previgente rispetto all'identificazione delle posizioni di garanzia. — 3. (Segue) La nozione di «dirigente» e la funzione della delega. — 4. L'art. 16 d.lg. n. 81/2008 come forma di «recezione» di una determinata elaborazione giurisprudenziale in tema di delega di funzioni: perplessità e aporie. — 5. La funzione attribuibile all'art. 16 nel nuovo assetto sistematico della prevenzione antiinfortunistica. — 6. Conclusioni.

**1. PREMESSA. L'INTRODUZIONE DI UNA DISCIPLINA
NORMATIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI**

La disciplina della delega di funzioni dettata dall'art. 16 d.lg. n. 81/2008 (così come modificato dal d.lg. n. 106/2009) rappresenta – secondo un'interpretazione già diffusa e sostanzialmente uniforme – la recezione in ambito legislativo dell'omologo istituto di matrice giurisprudenziale, che si è andato formando e consolidando nell'arco di alcuni decenni. Alle persistenti oscillazioni in questa o in quella soluzione e alle relative difformità degli orientamenti maturati nelle decisioni della Cassazione avrebbe alla fine posto «rimedio» l'intervento del legislatore, dando all'istituto veste legale attraverso la «ratifica», per così dire, delle opzioni ermeneutiche più rigorose (ad es. prescrivendo il requisito della forma scritta sia per il conferimento che per l'accettazione della delega).

La recezione sarebbe dunque «selettiva» e si sarebbe operata traghettando l'istituto dalle (relative) incertezze del diritto giurisprudenziale entro i più solidi argini della norma espressa. Non che questa possa fugare ogni dubbio (sollevarne costituisce il destino naturale di qualsiasi testo normativo: talvolta, addirittura, la sua vocazione originaria); ma, a prescindere dalle perplessità suscitate da taluni aspetti del suo contenuto disciplinare, la soluzione normativa adottata si prospetterebbe in un sistema «a bocce ferme»: quel che la delega significava in precedenza, continuerebbe a significare ancor oggi. Il datore di lavoro, destinatario primario e originario degli obblighi di sicurezza, potrebbe – ora come prima – adempiere i doveri impostigli (o trasferire le funzioni correlate all'adempimento, a seconda di come piaccia ricostruire il meccanismo di efficacia della delega) mediante uno strumento – la delega, appunto – non diverso dal precedente, ma definito puntualmente nella forma, nei contenuti e financo nella scansione successiva. Alla delega del datore di lavoro può infatti far seguito una ulteriore delega; ma con l'eventuale subdelega il corso delle investiture deve arrestarsi definitivamente (art. 16, comma 3-bis, d.lg. n. 81/2008).

di
Tullio Padovani

—
*Ordinario di Diritto
penale
Scuola Superiore
"Sant'Anna" di Pisa*

Il quadro così rapidamente sintetizzato suscita peraltro notevoli perplessità, soprattutto perché prospetta una lettura dell'art. 16 d.l.g. n. 81/2008 in qualche misura avulsa dal nuovo contesto in cui esso è chiamato ad inserirsi.

2. L'ASSETTO SISTEMATICO PREVIGENTE RISPETTO ALL'IDENTIFICAZIONE DELLE POSIZIONI DI GARANZIA

Per rendere esplicito il senso e la portata di questo rilievo, occorre riprendere, sia pure per sommi capi, le fila del discorso, considerando l'assetto sistematico che il d.l.g. n. 81/2008 si è lasciato alle spalle e richiamandone i tratti essenziali in punto di posizioni di garanzia.

Come è noto, nei decreti antinfortunistici del '55/'56 la posizione di garanzia era fondamentalmente riferita al binomio datore di lavoro/dirigente parimenti tenuti (il secondo nell'ambito delle attribuzioni e delle competenze conferitegli) ad assicurare l'attuazione e l'osservanza dell'intera disciplina dettata in materia di sicurezza sul lavoro. Naturalmente, nulla escludeva che, in concreto, il binomio si cumulasse per la colpa concorrente sia del datore di lavoro, sia del dirigente: ma, in linea di principio, la posizione del dirigente era normativamente idonea a determinare, a certe condizioni, una responsabilità esclusiva a suo carico. Deflata si prospettava la posizione del preposto, sul quale gravavano esclusivamente obblighi settoriali di attuazione e controllo, specificamente definiti. Così, ad es., l'art. 389, d.P.R. n. 547/1955 sanzionava in capo al datore di lavoro e ai dirigenti l'osservanza di tutte le norme del decreto (mediante la clausola generale della lett. c), mentre l'art. 391 d.P.R. cit. riferiva ai preposti solamente la violazione di obblighi di vigilanza e connessi all'esecuzione dell'attività lavorativa.

La situazione muta in parte, ma in misura significativa, con il d.l.g. n. 626/1994 che, da un lato, introduce una definizione estensiva di datore di lavoro (art. 2, comma 1, lett. b), comprendendovi soggetti che, da un punto di vista civilistico, avrebbero dovuto essere qualificati come "dirigenti", sia pure di alto livello gerarchico (così, ad es., il responsabile dell'"unità produttiva") e, dall'altro, preclude espressamente al datore di lavoro la delegabilità di specifici adempimenti (in particolare: la valutazione dei rischi e il relativo documento, sulla cui corretta e compiuta esecuzione ruota il sistema antinfortunistico introdotto dal d.l.g. n. 626/1994). Gli adempimenti imposti in via esclusiva al datore di lavoro assumono quindi il carattere di un ufficio suo proprio, suscettibile solo di incarichi di esecuzione, inidonei, in linea di principio, ad escludere la sua responsabilità in caso di inosservanza o di incompleta attuazione dell'obbligo.

Per il resto, il d.l.g. n. 626/1994 continuava ad ispirarsi, nell'identificazione normativa delle posizioni di garanzia, al regime della parificazione di principio tra datore di lavoro e dirigente. L'art. 4 d.l.g. n. 626/1994, sotto la rubrica onnicomprensiva di «obblighi del datore di lavoro e del preposto», conteneva, per verità, una lunga serie di prescrizioni antinfortunistiche riferite espressamente al solo datore di lavoro. La circostanza aveva indotto a supporre che la nuova disciplina normativa intendesse così affermare la centralità esclusiva della figura del datore di lavoro rispetto a tutti gli adempimenti in materia di sicurezza del lavoro, salva la possibilità di una delega per quelli non concernenti la valutazione dei rischi, ma

ferma tuttavia restando l'unicità originaria della posizione di garanzia (con riverberi non trascurabili in ordine all'ampiezza ed all'intensità del dovere di controllo sull'attuazione delle delega). In realtà, la clausola generale dell'art. 1, comma 4-bis, d.l.g. n. 626/1994 escludeva la fondatezza di una simile prospettazione: l'osservanza di tutte le disposizioni del decreto era espressamente imposta sia al «datore di lavoro», sia «nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze», ai «dirigenti e ai preposti». Perciò la Cassazione poté giustamente affermare che «i dirigenti, al pari del datore di lavoro e nell'ambito delle proprie competenze ed attribuzioni, sono destinatari *inve proprio* dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega di funzioni». In sostanza, per divenire titolare della posizione di garanzia il dirigente doveva poter essere identificato per tale, e doverano correlativamente essere determinate le attribuzioni e le competenze che gli erano state effettivamente conferite.

Ma qui stava il punto. Come si identificava il dirigente e come si definivano le sue attribuzioni e le sue competenze? Su questi due aspetti, essenziali per riconoscere la posizione di garanzia, la disciplina normativa era - come è noto - muta.

3. (SEGUE) LA NOZIONE DI «DIRIGENTE» E LA FUNZIONE DELLA DELEGA

Per elaborare la nozione di "dirigente" era inevitabile il ricorso a parametri normativi desunti da fonti lavoristiche e civilistiche, adattati alle esigenze del diritto penale della prevenzione antinfortunistica. Poiché i precetti in materia di sicurezza del lavoro si dirigevano sia al datore di lavoro, sia al dirigente, quest'ultimo, per assumere la posizione di garante, doveva ricoprire funzioni corrispondenti a quelle proprie del datore di lavoro, sul piano decisionale, organizzativo e gerarchico. In questa prospettiva anche il c.d. "quadro" - certamente estraneo alla figura lavoristica del "dirigente" - poteva essere riconosciuto per tale ai fini della prevenzione antinfortunistica.

Il criterio della titolarità effettiva di poteri funzionali corrispondenti a quelli del datore di lavoro forniva il parametro necessario all'identificazione, in linea di principio, del soggetto suscettibile di assumere la responsabilità per l'osservanza delle disposizioni prevenzionistiche. Necessario, ma non ancora sufficiente a stabilire in concreto quando (e cioè a quali condizioni) esso fosse in concreto utilizzabile e quanto (e cioè entro quali limiti) esso fosse in grado di definire il contenuto specifico delle "attribuzioni" e delle "competenze" effettivamente coinvolte nell'attuazione dei precetti antinfortunistici. Il direttore di uno stabilimento industriale era sicuramente riconoscibile come dirigente, ma questo non bastava a definire le funzioni rispetto a qualsiasi inosservanza intervenuta nel corso dell'attività lavorativa: se si trattava di carenze legate alla struttura stessa dei luoghi di lavoro, ed egli era sprovvisto di autonomia finanziaria sufficiente per provvedere alle modifiche necessarie, la sua posizione di garanzia perdeva il necessario aggancio alle attribuzioni e alle competenze conferitegli.

E a questo punto, in termini di "logica sistematica", che si inserisce la questione della delega di funzioni. Nonostante l'apparente univarietà, essa svolge, nelle diverse vicende giurisprudenziali in cui è richiamata o coinvolta, un ruolo tanto diversamente atteggiato e "calibrato", da ripercuotersi sui requisiti stessi richiesti per la sua vali-

dità ed efficacia. In sostanza, si parla sempre di delega, ma la delega non è sempre la stessa; o, meglio, non si inserisce sempre nello stesso contesto effettuale.

Schematizzando in termini di estrema (e forse brutale) sintesi, si può osservare come in numerosi casi la delega rappresentasse l'unico strumento prospettabile, ad un tempo, per identificare il dirigente e per determinarne gli effettivi poteri ed il grado di autonomia. Erano i casi - per lo più relativi a imprese di modeste dimensioni - in cui si disponeva tutt'al più di un inquadramento lavoristico "sommario", silente sulle reali attribuzioni conferite, che si pretendeva poi di dedurre da prassi operative dal contenuto spesso incerto ed ambiguo. In situazioni di questo tipo, soltanto una delega di funzioni certa, puntuale e definita poteva consentire di identificare la figura del "dirigente" ed i poteri funzionali ad essa effettivamente riconosciuti. Ed è ovvio che, sotto l'ombra inquietante di un possibile "capo espiatorio", l'atteggiamento della giurisprudenza si esprimesse in termini di occulta diffidenza: lo *standard* di requisiti formali e sostanziali richiesti per riconoscere validità ed efficacia alla delega si elevava in diretta proporzione con la centralità "esclusiva" della sua funzione probatoria.

In altri casi, il dirigente emergeva invece da un incontrovertibile investitura lavoristica: le funzioni organizzative, direttive e gerarchiche apparivano effettivamente attribuite rispetto ad una determinata articolazione dell'impresa (settori produttivi, funzioni di *staff*, stabilimenti o unità operative, e così via dicendo). Poteva tuttavia residuare, nella determinazione della reale estensione delle funzioni dirigenziali, una qualche incertezza significativa per ricomprendere nel loro ambito anche la violazione antitrustistica contestata. La necessità di una integrazione probatoria attraverso una delega appariva evidente; ma lo *standard* era meno rigido e formalizzato. La prova dell'attribuzione di uno specifico potere a chi rivestiva senza dubbio alcune funzioni di dirigente poteva essere raggiunta non ricorrendo necessariamente ad un atto scritto, ma anche avvalendosi di elementi circostanziali idonei a dimostrare l'effettività dell'attribuzione del potere e del suo autonomo esercizio.

Ma non mancavano casi in cui la giurisprudenza riteneva che la struttura organizzativa stessa dell'impresa escludesse di per sé la necessità di una delega di funzioni. Quando l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi ed a ciascuno di essi siano in concreto proposti soggetti qualificati ed idonei, dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la gestione di quel settore o servizio, «l'esigenza della delega è superata ed assorbita dalla predeterminata suddivisione dei servizi, delle attribuzioni e dei compiti; per altro verso essa è resa superflua dall'investimento della funzione tipica nonché del suo concreto esercizio secondo la disciplina prestabilita dai controlli collettivi o individuali oppure secondo norme e regolamenti interni, corrispondenti ad esigenze effettive e costanti in azienda». In fattispecie di questo tipo, si constatava in definitiva che lo scopo cui la delega tendeva - identificare il dirigente o definirne gli effettivi poteri ed il grado di autonomia - era compiutamente raggiunta mediante una normativa di organizzazione non meno certa e non meno esauritiva di quanto la delega avrebbe potuto essere.

In definitiva, il problema affrontato e risolto dalla giurisprudenza è uno, e uno soltanto: dare corpo alla figura del dirigente come soggetto qualificato delle disposizioni antitrustistiche a garantire la sicurezza del lavoro. Per la soluzione del problema,

a volte è necessaria la presenza di una delega, altre non lo è; e quando è necessaria, il vincolo di forma e le esigenze di contenuto si adeguano al contesto. L'obiettivo - stabilire se un certo soggetto sia un dirigente dotato dei poteri sufficienti per adempiere la pretesa antitrustistica - è sempre lo stesso; ma le strade per raggiungerlo o per escluderlo appaiono diverse e si indirizzano lungo percorsi relativamente variabili. Questo spiega come la giurisprudenza in materia si presenti singolarmente articolata e notevolmente complessa, e mostri, in apparenza, veri e propri contrasti. Ciò nonostante, nella diuturna vicenda giurisprudenziale non si registra un solo intervento delle Sezioni unite: perché, in effetti, non si trattava di contrasti, ma solo dei diversi strumenti ragionevolmente impiegati per raggiungere la prova.

4. L'ART. 16 D.L.G. N. 81/2008 COME FORMA DI « RECEZIONE » DI UNA DETERMINATA ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI DELEGA DI FUNZIONI: PERPLESSITA' E APORIE

Col viafio di queste pur sommarie premesse si può ora rivolgere lo sguardo all'art. 16 d.l.g. n. 81/2008. Secondo una interpretazione che tende ad affermarsi - come si è accennato all'inizio (vetro, § 1) -, il legislatore avrebbe vincolato l'attribuzione di funzioni proprie del datore di lavoro allo strumento della delega che, da mezzo per provare la qualifica di dirigente e l'effettività dei poteri attribuiti ed esercitati, assurgerebbe a requisito costitutivo del trasferimento funzionale. In questo senso, bisognerebbe quindi riconoscere che la qualifica stessa di "dirigente" e l'identificazione dei poteri relativi sarebbe sottoposta all'adempimento, da parte del datore di lavoro, di un onere sostanziale rigidamente vincolato nella forma e nei contenuti: la stipulazione di un negozio giuridico bilaterale con forma scritta *ad substantiam*, data certa, sottoposto a pubblicità "adeguata e tempestiva" (art. 16, comma 2) e quant'altro l'art. 16, comma 1, esige. In pratica, la disciplina legale ora introdotta costituirebbe il calco reso di portata comune e generale, della giurisprudenza formatasi per i casi in cui la delega sia chiamata a fornire la prova esclusiva dell'attribuzione di funzioni dirigenziali (vetro, § 3).

Il quadro che ne risulta non è tuttavia confortante. Un legislatore strabico avrebbe in definitiva scambiato un mezzo (la delega) con lo scopo (identificare il soggetto nominativamente designato quale garante alternativo della sicurezza), trasferendolo per giunta dal piano probatorio a quello sostanziale. In pratica, se fosse vero che il "dirigente" qualificato ad assumere la responsabilità, tendenzialmente esclusiva, delle violazioni antitrustistiche dipendenti dall'attuazione dei poteri effettivamente conferitigli è quello, e solo quello, che risulta investito da una delega conforme ai requisiti stabiliti dall'art. 16, ci si troverebbe di fronte ad un singolare e sconcertante caso di prova legale. Altra via, per dimostrare l'investitura di un dirigente non sarebbe data; con l'aggravante - se così si può dire - che l'art. 16 introduce vincoli precisi anche per l'ipotesi della subdelega, escludendo, in particolare, che il soggetto subdelegato possa a sua volta conferire ad altri le funzioni delegate (art. 16, comma 3-bis). In pratica, l'amministratore potrebbe delegare il direttore generale, e questi, a sua volta, diinteresa col primo, un direttore di stabilimento, ma a questo punto il circuito dovrebbe ritenersi ermeticamente chiuso: lo stabilimento diretto dal subdelegato potrebbe conta-

re declinabili e reparti con centinaia di dipendenti: il malcapitato dovrebbe comunque arrangiarsi, e provvedere di persona a tutti gli adempimenti connessi alla sicurezza del lavoro. Un'idea non solo balzana, ma in manifesto contrasto con l'effettiva tutela antitrust che, sin dal d.lg. n. 656/1994 e tanto più con il d.lg. n. 81/2008, si realizza compiutamente attraverso il binomio valutazione dei rischi/organizzazione capace di eliminare o ridurre al minimo l'entità. E non potrebbe certo dirsi improprio a criteri di organizzazione efficiente ed efficace un sistema che precludesse un'adeguata articolazione di poteri funzionali, ricorrendo allo stolido sgambetto del direttore di subdelega, che finirebbe col far ruozolare il sistema inaugurato.

Ma v'è di più. Una novità della nuova legislazione antitrust (e non certo la meno significativa) è data dal fatto che, per la prima volta, viene dettata una definizione normativa delle qualifiche di "dirigente" e di "preposto". In particolare, secondo l'art. 2, comma 1, lett. d) d.lg. n. 81/2008 è dirigente la «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa». Sussiste dunque una base normativa definita per identificare la figura del "dirigente". La nozione legale può e deve essere idealmente "trasposta", tal quale, in ciascuna delle ipotesi di reato proprio costruite sul binomio datore di lavoro/dirigente. Dopo di che, si pone ovviamente il problema di verificare probatoriamente in concreto ciascuno dei requisiti stabiliti dalla disposizione normativa: l'incarico conferito, la natura e la consistenza dei poteri connessi, e così via. Si dovrebbe forse ritenere che tale prova possa essere raggiunta solo ed esclusivamente attraverso lo strumento della delega delineata dall'art. 16 d.lg. n. 81/2008? Se così fosse, bisognerebbe concludere che la definizione legale non è solo perfettamente superflua, ma addirittura contraddittoria. Superflua, perché essa avrebbe dovuto esprimersi semplicemente in questi termini: dirigente è la persona delegata dal datore di lavoro a norma dell'art. 16. Contraddittoria, perché, siccome la definizione esiste ed ha un contenuto specifico normativamente ineludibile, dovremmo riconoscere che essa è in grado di attribuire anche al delegato del subdelegato (nell'es. poc'anzi formulato, il direttore di un reparto rispetto al direttore dello stabilimento investito dall'amministratore) la qualità di dirigente, se effettivamente corredata dei poteri gerarchici e funzionali e delle competenze professionali indicati dall'art. 2, comma 1, lett. d). Per uscire dall'impasse si potrebbe tuttavia evocare l'esercizio di fatto di poteri direttivi, disciplinato dall'art. 299 d.lg. n. 81/2008: la posizione di garante relativa, tra l'altro, alla figura del dirigente, grava «altresì su colui il quale, pur provvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici» indicati dall'art. 2, comma 1, lett. d). In questa prospettiva, la subdelega ulteriore, vietata dall'art. 16, concretizzerebbe un'ipotesi di «investitura» irregolare: ma ciò non impedirebbe di attribuire la posizione di garanzia al soggetto realmente investito dei poteri sufficienti per adempiere l'obbligo coinvolto nel loro esercizio. D'altra parte, la fattispecie dell'art. 299 è suscettibile di riferirsi ad una serie di ipotesi concrete ben più vasta della subdelega ulteriore: non soltanto alle ipotesi di vera e propria «usurpazione» di funzioni, ma, più frequentemente, alle ipotesi di assunzione «al nero» o di quella dello svolgimento di mansioni superiori alla qualifica formalmente assunta. In tutti questi casi chi si è arrogato o è stato irrualmente investito di funzioni dirigenziali, deve essere ritenuto «dirigente»,

se i poteri effettivamente esercitati corrispondono al modello normativo dell'art. 2, comma 1, lett. d).

Bisogna quindi riconoscere che la delega, cioè come delineata dall'art. 16 d.lg. n. 81/2008, non può costituire la condizione necessaria per riconoscere, in capo ad un determinato soggetto, la qualifica dirigenziale e la corrispondente posizione di garanzia. Su quale piano si dovrebbe allora cogliere il suo significato funzionale?

La risposta potrebbe ricercarsi sul versante del datore di lavoro. La delega dell'art. 16 non è condizione necessaria a costituire la posizione di garanzia del dirigente, ma - si potrebbe dire - è condizione necessaria per mettere fuori gioco quella del datore di lavoro, per esimerlo cioè dalla responsabilità per l'osservanza intervenuta. Da questo punto di vista, si dovrebbe riconoscere che l'art. 299 d.lg. n. 81/2008 implica un concorso "necessario" delle due posizioni di garanzia nell'imputazione della violazione antitrust: ne risponderebbe il dirigente "di fatto", ma ne risponderebbe "altresì" (come pure si esprime l'art. 299) il datore di lavoro.

Non occorre una lunga riflessione per convincersi che un simile assetto risulterebbe in palese contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale e con i canoni dell'imputazione colposa. Per ritenere fondato il concorso "necessario" bisognerebbe infatti attribuire innanzitutto ai requisiti dell'investitura regolare (da qualunque fonte siano dedotti, e quindi, anche eventualmente dall'art. 16) la natura di precetti cautelari rispetto all'osservanza delle disposizioni antitrust; ma non si vede come. A parità di condizioni, l'osservanza è infatti garantita dall'effettività dei poteri conferiti ad un soggetto competente, dal loro contenuto intrinseco e dall'esercizio di un controllo adeguato sull'esecuzione, e cioè da un insieme di elementi fattuali che non vedono certo accresciuta o diminuita la loro portata prevenzionistica in funzione della regolarità dell'investitura. Non solo: per attribuire ai requisiti formali di designazione una valenza cautelare, occorrerebbe pur sempre riconoscere la rilevanza causale quale mezzo finalisticamente orientato a evitare l'osservanza: ciò che in concreto risulterebbe impossibile qualora le condizioni di esercizio dei poteri pur irrualmente attribuiti corrispondesse puntualmente a quello che un'investitura regolare avrebbe assicurato.

5. LA FUNZIONE ATTRIBIBILE ALL'ART. 16 NEL NUOVO ASSETTO SISTEMATICO DELLA PREVENZIONE ANTITRUSTISTICA

A questo punto, se all'art. 16 d.lg. n. 81/2008, non può essere riconosciuto il valore di un mezzo di prova legale della delega di funzioni, se non rappresenta, peraltro, una condizione necessaria per l'attribuzione di una efficace posizione di garanzia, e neppure una condizione necessaria per escludere la colpa del datore di lavoro che abbia irrualmente (ma effettivamente) investito il dirigente di poteri reali e sufficienti per assicurare l'osservanza, a che cosa si riduce la sua funzione sistemistica? In una semplificazione probatoria, verrebbe fatto di supporre, nel senso che il datore di lavoro, avendo percorso il sentiero normativo dell'art. 16, giungerebbe con maggiore facilità a dimostrare l'avvenuta designazione, il contenuto dei poteri, e così via dicendo. Una semplificazione relativa, peraltro, dato che il negozio giuridico redatto secondo lo schema legale dovrebbe pur sempre essere riscontrato nella sua effettività: occorre

pur sempre accettare che non si tratta di uno schermo, ma di uno scenario reale; e per di più di uno scenario efficace per attribuire al dirigente il ruolo di "protagonista", e cioè di garante esclusivo.

Non è certo escluso che l'art. 16 possa anche svolgere questa limitata funzione; ma è difficile credere che essa esaurisca il senso della previsione normativa. La sola circostanza che essa sia strutturata in forma autorizzativa ("è ammessa"), e assuma un contenuto impostato su vincoli apparentemente tassativi ("limiti e condizioni"), sembra chiaramente evocare una funzione diversa, di tipo costitutivo: se fuori dei "limiti" e delle "condizioni" normativamente stabiliti la delega non è, a contrario sensu, "ammessa", ciò implica logicamente che l'attribuzione dei poteri non si è, e non può essersi, verificata. In questa prospettiva, l'art. 16 sembra richiamare l'esistenza di funzioni proprie del solo datore di lavoro. In effetti, il primo e fondamentale limite della delega è tracciato in riferimento alle funzioni "espressamente" sottratte all'esercizio di tale facoltà: un limite esterno, che separa un'area dall'altra, quello delle funzioni incluse da quelle escluse, sull'impulso ma evidente presupposto che in entrambi i casi i tratti di funzioni attribuite normativamente al solo datore di lavoro in via esclusiva: un'esclusività che "resiste" alla delega nelle ipotesi previste dall'art. 17, mentre nelle altre vi si adatta, pur se nei limiti e con le forme stabiliti dall'art. 16.

Si prospetta allora il quesito: esistono, nel nuovo sistema della sicurezza sul lavoro delineato dal d.lg. n. 81/2008, funzioni proprie in esclusiva del solo datore di lavoro, ma non comprese nell'ambito delle attività non delegabili a norma dell'art. 17?

In proposito è necessario premettere alcuni rilievi concernenti la struttura preletiva e sanzionatoria del d.lg. n. 81/2008. Ciascuno dei Titoli che compongono il testo normativo e nei quali sono contenute disposizioni prevenzionistiche (in pratica, i Titoli dal I all'XI, con esclusione quindi dei soli Titoli XII e XIII, rispettivamente dedicati alle «disposizioni in materia penale e di procedura penale» e alle «norme transitorie e finali») comprendono un autonomo Capo, dedicato alle «disposizioni penali» o alle «sanzioni», a seconda che siano o meno previste, oltre a fattispecie contravvenzionali, anche violazioni amministrative. In pratica, per ogni Titolo (che identifica, in sostanza, aree di rischio: luoghi di lavoro, attrezzature, cantieri mobili, movimentazione manuale dei carichi, videoterminali e così via) è previsto un apparato sanzionatorio settorialmente differenziato. Questa impostazione, pur continuando ad esprimersi nelle forme del rinvio sanzionatorio ai diversi precetti contenuti nel singolo Titolo, presenta almeno il vantaggio di ridurre la "distanza" tra disposizione preletiva e disposizione sanzionatoria, consentendo una più rapida ricostruzione della norma.

Il rapporto tra disposizione preletiva e disposizione sanzionatoria non è peraltro simmetrico nell'identificazione delle posizioni soggettive coinvolte, rispettivamente, nell'obbligo di osservanza e nella responsabilità conseguente all'inosservanza. In termini estremamente schematici il quadro si presenta così articolato. In primo luogo, vengono attribuite al solo datore di lavoro violazioni relative a specifiche ipotesi di valutazione dei rischi (così ad es. l'art. 87, comma 1, in riferimento alla valutazione del rischio elettrico di cui all'art. 80, comma 2; l'art. 159, comma 1, in riferimento al piano operativo di sicurezza di cui all'art. 96, comma 1, lett. g); o l'art. 219, comma 1, lett. a e b, in riferimento alla valutazione del rischio da esposizione ad agenti fisici, e così via dicendo). Si tratta all'evidenza di situazioni, ricomprese nell'ampio spettro disciplina-

re dell'art. 28, rispetto alle quali è preclusa la delega. Com'è ovvio, in questi casi il destinatario della sanzione coincide col destinatario esclusivo del precetto.

Tutte le altre disposizioni sanzionatorie coinvolgono invece, congiuntamente, il datore di lavoro ed il dirigente, richiamando tuttavia una serie di precetti materiali la cui dimensione soggettiva è tutt'altro che costante. In particolare, si distinguono ipotesi in cui il precetto è riferito al solo datore di lavoro, ed altre in cui esso è formulato in termini impersonali. Così, ad es., in materia di luoghi di lavoro, l'art. 68 sanziona in capo al datore di lavoro e al dirigente l'inosservanza degli artt. 64, 65 e 66; ma, mentre l'art. 65 e l'art. 66, comma 1, enunciano divieti di lavoro e di accesso in determinati locali od ambienti, senza indicare alcun destinatario qualificato, l'art. 64, che definisce le caratteristiche strutturali e funzionali dei luoghi di lavoro, si rivolge al solo datore di lavoro. Situazioni analoghe sono peraltro diffuse e ricorrenti praticamente in ogni Titolo del decreto legislativo.

Si potrebbe supporre che, prevedendo obblighi normativamente imposti al solo datore di lavoro, ma sanzionati anche in capo al dirigente, il legislatore abbia inteso identificare un'area di funzioni esclusivamente proprie del primo, ma suscettibili di essere attribuite anche al secondo, al punto che questi può essere considerato responsabile delle inosservanze ad esse relative. Un vincolo così rigido, tracciato sulla falsariga di un elemento estrinseco (le modalità legislative di formulazione del precetto), di valore non sempre e non necessariamente univoco, finirebbe col risultare artificioso. Così, per citare un esempio fra i tanti possibili, l'art. 272, in tema di «misure tecniche, organizzative, procedurali» nelle attività soggette a rischio di esposizione ad agenti biologici, è sanzionato dall'art. 282, comma 2, lett. a in capo sia al datore di lavoro che al dirigente, anche se gli obblighi prescritti sono diretti solamente al datore di lavoro. È evidente peraltro che l'obbligo di limitare «al minimo i lavoratori esposti, o potenzialmente esposti, al rischio di agenti biologici» è suscettibile di rientrare senz'ombra di dubbio anche nelle funzioni del dirigente, come emerge dall'art. 18, comma 1, lett. c) che vi include espressamente anche quella di affidare i compiti ai lavoratori.

È al contenuto dei precetti che occorre dunque rivolgere l'attenzione. In questa prospettiva, essi possono essere distinti fondamentalmente in due gruppi. Nel primo sono ricompresi i precetti che rappresentano forme di specificazione, concretizzazione, determinazione o puntualizzazione dei doveri generali che l'art. 18 pone parimenti a carico del datore di lavoro e del dirigente, delineando un quadro di funzioni comuni rispetto alle quali la titolarità della posizione di garanzia dipende dalle effettive competenze ed attribuzioni esercitate dal dirigente. Così, ad es., quando l'art. 87, comma 3, sanziona anche in capo al dirigente la violazione di obblighi relativi ai requisiti di conformità e di sicurezza nell'impiego dei dispositivi di protezione individuale che l'art. 71 riferisce al solo datore di lavoro, si muove lungo il solco tracciato dall'art. 18, comma 1, lett. d, che impone in via generale sia al datore di lavoro sia al dirigente di «fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale...».

Il secondo gruppo comprende fattispecie tutt'affatto diverse: la disposizione sanzionatoria individua bensì, quali possibili destinatari, sia il datore di lavoro sia il dirigente, tuttavia richiama precetti il cui contenuto materiale non risulta in alcun modo

riconducibile all'area delle funzioni (e dei doveri) "comuni" delineata dall'art. 18. Si tratta innanzitutto di ipotesi concernenti la violazione di obblighi comportamentali connessi o dipendenti dalla valutazione dei rischi. Così, ad es., l'art. 178 sanziona anche in capo al dirigente l'inosseranza dell'art. 174, comma 2, secondo cui "il datore di lavoro adotta le misure appropriate per ovviare ai rischi riscontrati" nella valutazione dei rischi concernente l'uso dei videoterminali. Si tratta di una materia che, in termini di contenuto funzionale, potrebbe essere considerata intrinsecamente ricompresa nell'ambito dell'art. 28, ma che l'indicazione normativa, in quanto rivolta anche al dirigente, impone di considerare estranea. Considerazioni analoghe si impongono, per limitarsi ad alcuni esempi, nel caso dell'art. 165 rispetto all'art. 163, o in quello dell'art. 219 rispetto all'art. 192, comma 2, e così via.

Anche al di fuori dei casi di «contiguità» con la valutazione dei rischi e con gli adempimenti ad essa connessi, si presentano casi in cui la materia della prescrizione risulta parimenti estranea alle competenze generali assegnate dall'art. 18 anche al dirigente. Così, ad es., la conformità alle regole di sicurezza della struttura e dell'assetto dei luoghi di lavoro è oggetto di obblighi specifici che l'art. 64 impone al solo datore di lavoro; e, in effetti, si tratta di una materia del tutto estranea all'ambito normativo dell'art. 18 (con l'eccezione che sia), almeno in linea di principio, se si considera che il luogo di lavoro costituisce un tipico aspetto di scelta riservata all'imprenditore. Tuttavia, l'art. 68, comma 1, lett. b, riferisce le eventuali inosservanze anche al dirigente, consentendo per implicito che anche questi possa risponderne.

Emergono dunque con chiarezza, dal contesto sistematico del d.lg. n. 81/2008, attività funzionali che in via di principio competono esclusivamente al datore di lavoro, e rispetto alle quali la semplice attribuzione ad un dirigente, sia pure in condizioni di effettività e di autonomia operativa, non potrebbe essere ritenuta idonea a mettere fuori gioco la posizione di garanzia del datore di lavoro. Per investire un dirigente degli adempimenti imposti al datore di lavoro, si delinea allora, il ricorso allo strumento dell'art. 16, che, in questa prospettiva, costituisce il mezzo esclusivo idoneo a consentire l'attribuzione di funzioni proprie del solo datore di lavoro.

6. CONCLUSIONI

Se questa ricostruzione è fondata, l'assetto sistematico che ne risulta appare ben più plausibile e corretto di quello imposto dall'idea che l'art. 16 rappresenti semplicemente il "tetto di Proculste" in cui il legislatore del d.lg. n. 81/2008 avrebbe costretto la delega elaborata dalla giurisprudenza nel sistema antinfortunistico previgente. In effetti, le funzioni coinvolte in attività "direzionali" si articolano in tre settori:

a) funzioni esclusivamente proprie del datore di lavoro e non delegabili, rispetto alle quali resta praticabile soltanto una mera delega di esecuzione che - com'è noto - non incide sulla persistenza piena ed attuale della posizione di garanzia;

b) funzioni esclusivamente proprie del datore di lavoro, rispetto alle quali l'unico strumento idoneo a investire un diverso soggetto degli adempimenti relativi è rappresentato dalla delega disciplinata dall'art. 16. L'inosseranza dei limiti e delle condizioni imposte implica la persistenza della posizione di garanzia originaria, giustificata dall'esigenza che l'attribuzione di funzioni tipicamente datoriali sia garantita da un atto a forma vincolata e a contenuto tassativamente definito. La funzione costitui-

tiva così riconosciuta alla delega non potrebbe essere censurata, come un inusitato e sconcertante caso di "prova legale": la legge disciplina un atto necessario *ad substantiam* per determinati effetti civili rilevanti per il diritto penale, ma che il diritto penale non potrebbe riconoscere autonomamente per il difetto di uno strumento di qualificazione alternativo (l'investitura irregolare ancorché effettiva non potrebbe in questo caso supplire perché le competenze e le attribuzioni dirigenziali non possono includere funzioni esclusivamente datoriali);

c) funzioni proprie ad un tempo del datore di lavoro e del dirigente, rispetto alle quali lo strumento della delega disciplinata dall'art. 16 è certamente praticabile, ma non necessitato, in quanto la posizione di garanzia del dirigente risulta normativamente definita secondo un paradigma (quello dell'art. 2, comma 1, lett. d) suscettibile di essere riscontrato probatoriamente negli stessi, identici termini con cui l'accertamento si è articolato nell'esperienza giurisprudenziale sin qui maturata.

in Giu. pen. | 553 LA DELEGA DI FUNZIONI,
2011, p. 1581 TRA VECCHIO E NUOVO SISTEMA
DI PREVENZIONE ANTIINFORTUNISTICA

Il testo costituisce la rielaborazione di due relazioni tenute in due incontri di studio organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, rispettivamente l'8 giugno 2009 «Infortuni sul lavoro e malattie professionali: l'accertamento in fase di indagini e nel giudizio» e il 13 dicembre 2010 «Il punto sulla tutela antiinfortunistica tra prevenzione e repressione, in sede penale e civile».

Sommario 1. Premessa. L'introduzione di una disciplina normativa della delega di funzioni. — 2. L'assetto sistematico previgente rispetto all'identificazione delle posizioni di garanzia. — 3. (Segue) La nozione di «dirigente» e la funzione della delega. — 4. L'art. 16 d.lg. n. 81/2008 come forma di «recezione» di una determinata elaborazione giurisprudenziale in tema di delega di funzioni: perplessità e aporie. — 5. La funzione attribuita all'art. 16 nel nuovo assetto sistematico della prevenzione antiinfortunistica. — 6. Conclusioni.

1. PREMESSA. L'INTRODUZIONE DI UNA DISCIPLINA NORMATIVA DELLA DELEGA DI FUNZIONI

La disciplina della delega di funzioni dettata dall'art. 16 d.lg. n. 81/2008 (così come modificato dal d.lg. n. 106/2009) rappresenta – secondo un'interpretazione già diffusa e sostanzialmente uniforme – la recezione in ambito legislativo dell'omologo istituto di matrice giurisprudenziale, che si è andato formando e consolidando nell'arco di alcuni decenni. Alle persistenti oscillazioni in questa o in quella soluzione e alle relative difformità degli orientamenti maturati nelle decisioni della Cassazione avrebbe alla fine posto «rimedio» l'intervento del legislatore, dando all'istituto veste legale attraverso la «ratifica», per così dire, delle opzioni ermeneutiche più rigorose (ad es. prescrivendo il requisito della forma scritta sia per il conferimento che per l'accettazione della delega).

La recezione sarebbe dunque «selettiva» e si sarebbe operata traghettando l'istituto dalle (relative) incertezze del diritto giurisprudenziale entro i più solidi argini della norma espressa. Non che questa possa fugare ogni dubbio (sollevarne costituisce il destino naturale di qualsiasi testo normativo: talvolta, addirittura, la sua vocazione originaria); ma, a prescindere dalle perplessità suscitate da taluni aspetti del suo contenuto disciplinare, la soluzione normativa adottata si prospetterebbe in un sistema «a bocce ferme»: quel che la delega significava in precedenza, continuerebbe a significare ancor oggi. Il datore di lavoro, destinatario primario e originario degli obblighi di sicurezza, potrebbe – ora come prima – adempiere i doveri impostigli (o trasferire le funzioni correlate all'adempimento, a seconda di come piaccia ricostruire il meccanismo di efficacia della delega) mediante uno strumento – la delega, appunto – non diverso dal precedente, ma definito puntualmente nella forma, nei contenuti e financo nella scansione successiva. Alla delega del datore di lavoro può infatti far seguito una ulteriore delega; ma con l'eventuale subdelega il corso delle investiture deve arrestarsi definitivamente (art. 16, comma 3-*bis*, d.lg. n. 81/2008).

di
Tullio Padovani

—
Ordinario di Diritto
penale
Scuola Superiore
"Sant'Anna" di Pisa