

DELEGHE DI FUNZIONI E *CULPA IN VIGILANDO* NELLA PROSPETTIVA DELLA SICUREZZA DEL LAVORO *

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 17.7.2024

Paolo Veneziani **

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Cenni sull'evoluzione della delega di funzioni nel settore giuslavoristico. – 3. I requisiti formali della delega. – 4. I requisiti sostanziali della delega. – 5. Gli obblighi residui in capo al datore di lavoro a fronte di una delega valida e la c.d. *culpa in vigilando*. – 6. Luci ed ombre del quadro attuale, nell'ottica di una possibile riforma. – 7. Un rapido confronto con il settore medico: la *culpa in vigilando* del medico in posizione apicale. – 8. Il corretto adempimento dell'obbligo di vigilanza. – 9. Una sintesi finale delle prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Come è noto, la delega di funzioni è un istituto di origine dottrinale e giurisprudenziale, che riguarda vari settori di attività. Progressivamente, la teoria della delega è stata affinata nel tempo, sino a trovare riconoscimento nella legge, prima in maniera implicita e poi esplicita, proprio nell'ambito del diritto penale del lavoro¹.

* Il contributo è la relazione al Convegno “*Safer work* – Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro del territorio modenese: organizzazione, gestione dei rischi e responsabilità” tenutosi a Modena il 18.4.2024 e sarà destinato alla raccolta degli Atti del Convegno (AA.VV., *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto locale: sistemi produttivi, modelli di prevenzione e responsabilità penale*, a cura di L. FOFFANI, G. PELLACANI, R. ORLANDI, L. LODI, Torino, 2024, in corso di pubblicazione).

** Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Parma.

¹ Tale evoluzione si trova man mano rispecchiata con chiarezza nei contributi della coeva letteratura scientifica. Basti qui citare A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Utet, Torino, 1992, 209 ss.; P. ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 699 ss.; F. BELLAGAMBA, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in *Cass. pen.*, 1996, 1272 ss.; S. BONINI, *Soggetti penalmente responsabili all'interno dell'impresa e delega di funzioni alla luce dei d. lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, in AA. VV. (a cura di L. MONTUSCHI), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 265 ss.; F. CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 369 ss.; M.L. FERRANTE, *I soggetti responsabili nel diritto penale del lavoro*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa* (diretto da A. DI AMATO), vol. VIII (a cura di F.S. FORTUNA), Cedam, Padova, 2002, 57 ss.; P. FIORE, *Delega di funzioni nell'impresa e responsabilità penali in materia antinfortunistica*, in *Riv. crit. lav.*, 1993, 197 ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1984; ID., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), vol. XXV,

In questa sessione del Convegno, intitolata “*Quali possibili riforme per il sistema penale della sicurezza sul lavoro?*”, ci stiamo dedicando ad un’analisi in prospettiva *de iure condendo*, ma ovviamente può essere utile descrivere – almeno per sommi capi – sia il *passato* non troppo remoto, sia il *presente* di tale figura giuridica. A ciò dedicherò la prima parte del mio intervento, mentre nel prosieguo cercherò di tratteggiare alcune indicazioni sul *futuro*, nell’ottica di una possibile riforma.

2. Cenni sull’evoluzione della delega di funzioni nel settore giuslavoristico

Da molto tempo, il quadro normativo recepisce e rispecchia in larga misura gli approdi della giurisprudenza di legittimità, e – a sua volta – il “diritto vivente” si assesta e si evolve sulla scorta del formante legale.

Già l’art. 1, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 626/1994 confermava che il datore di lavoro potesse legittimamente ricorrere alla c. d. “delega”².

Invero, quella disposizione – di trent’anni fa – individuava determinati *adempimenti non delegabili* dal datore di lavoro, ammettendo dunque – *a contrario* – la *delegabilità* di quelli non specificamente menzionati.

In particolare, non erano delegabili – e ancora oggi non lo sono – (i) la valutazione dei rischi e l’elaborazione del relativo documento e (ii) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (R.S.P.P.)³.

Il diritto penale dell’impresa (a cura di L. CONTI), Cedam, Padova, 2001, 3 ss.; G. FLORA, *I soggetti penalmente responsabili nell’impresa societaria*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, II, Milano, 1991, 543; A. GULLO, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1508 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., Franco Angeli, Milano, 1983; ID., *Commento al D. lgs. 16/12/1994, n. 758, Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, sub art. 20, in *Legislaz. pen.*, 1995, 380 ss.; ID., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1157 ss.; D. PIVA, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 719 ss.; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, 178 ss.; ID., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Utet, Torino, 1992, 102; ID., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen. (Agg.)*, I, Utet, Torino, 2000, 388 ss.; P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell’evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 493 ss.; ID., *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, Vol. III, Tomo II, *I delitti colposi, Trattato di diritto penale. Parte speciale* (diretto da G. MARINUCCI-E. DOLCINI), Cedam, Padova, (rist.) 2009, 402 ss. Per i contributi più recenti, che tengono conto del d.lgs. n. 81/2008 (Testo Unico in tema di igiene e sicurezza sul lavoro), con le successive modificazioni, v. *infra*.

² Se ne riporta per comodità il testo: “Nell’ambito degli adempimenti previsti dal presente decreto, il datore di lavoro non può delegare quelli previsti dall’art. 4, commi 1, 2, 4, lettera a), e 11 primo periodo”.

³ Si menzionava, inoltre, l’autocertificazione dell’avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi e

Peraltro, la giurisprudenza aveva recepito l'istituto della delega sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, elaborando (pur non senza contrasti) i presupposti ed i requisiti in presenza dei quali la stessa poteva essere ritenuta valida ed efficace: dapprima soprattutto nel contesto delle imprese di grandi dimensioni e, in seguito, anche in rapporto a quelle medie e piccole (soluzione che è parsa ricevere avallo normativo *ex art. 4, comma 11, primo periodo, del d.lgs. n. 626/1994*)⁴.

Il quadro attuale è sintetizzabile facendo riferimento agli artt. 16 e 17 d.lgs. n. 81/2008, in tema, rispettivamente, di delega di funzioni e di obblighi non delegabili.

Per enucleare la *ratio* della normativa in oggetto, può essere utile muovere dalla

dell'adempimento degli obblighi ad essa collegati (art. 4, comma 11, primo periodo, cit.: "Fatta eccezione per le aziende indicate nella nota 1 dell'allegato I, il datore di lavoro delle aziende familiari, nonché delle aziende che occupano fino a dieci addetti non è soggetto agli obblighi di cui ai commi 2 e 3, ma è tenuto comunque ad autocertificare per iscritto l'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi e l'adempimento degli obblighi ad essa collegati"). L'autocertificazione "non è più espressamente annoverata tra i compiti non delegabili: ciò perché, evidentemente, è stato ritenuto incongruo prevedere la possibilità di delegare a terzi la certificazione dell'avvenuto adempimento di un obbligo non delegabile" (D'ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enc. Dir. – Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 250).

⁴ La rilevanza delle dimensioni e della complessità della struttura aziendale è stata sovente valorizzata in sede giurisprudenziale, nel senso che tanto più grande e complessa è l'impresa e tanto più giustificato (se non addirittura necessario) per l'imprenditore "delegare" una parte delle sue funzioni, anche in tema di sicurezza. Peraltro, questo concetto è stato recepito per lungo tempo in maniera non univoca. Talora si è richiesta una vera e propria *impossibilità* per l'imprenditore di farsi carico personalmente dell'adempimento degli obblighi che gli fanno capo per legge, desumibile anche dalle *dimensioni* dell'impresa. Così, in sede di merito – *ex plurimis* – Pret. Brescia, 4 giugno 1981, Fenotti, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, 228; nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. IV, 14 aprile 1989, Civello, CED 183216, in *Riv. pen.*, 1990, 1078; Cass., Sez. IV, 17 dicembre 1993, Iacono, in *Dir. prat. lav.*, 1993, 949. In passato, per un limite dell'efficacia della delega al contesto di imprese di grandi dimensioni, vedasi p. es., Cass., Sez. IV, 22 marzo 1985, Cavagna, CED 171403, in *Riv. pen.*, 1986, 923: "*in tema di infortuni sul lavoro verificatisi in una impresa di grandi dimensioni il datore di lavoro può essere esonerato da responsabilità in merito all'osservanza delle norme antinfortunistiche solo quando sia rigorosamente provato che abbia delegato ad altra persona, tecnicamente qualificata, l'incarico di seguire lo svolgimento del lavoro, riservando per sé solo funzioni amministrative e non risulti che sia a conoscenza di eventuali inadempimenti della persona da lui delegata*".

In senso contrario, era stata affermata a più riprese dalla Suprema Corte l'ammissibilità della delega anche in rapporto alle imprese di *piccole dimensioni*: p. es. Cass., Sez. III, 9 giugno 1995, B., in *Impresa*, 1996, 328; Cass., Sez. III, 26 novembre 1980, Nosella, CED 147997, in *Or. giur. lav.*, 1982, 638; Cass., Sez. IV, 27 aprile 1987, Cagliani, CED 176928, in *Riv. pen.*, 1988, 905. In dottrina, per tutti, A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Cedam, Padova, 2002, 247 ss.; A. CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 959 ss., i quali evidenziavano come il ricorso alla delega fosse da ritenere normativamente riconosciuto anche nell'ambito delle imprese di piccole dimensioni (fino a dieci addetti), in base al disposto dell'art. 4, c. 11, primo periodo, del d. lgs. n. 626/1994, da cui si poteva evincere – sempre con argomento *a contrario* – la possibilità di delegare adempimenti diversi dalla autocertificazione.

preoccupazione di fondo della giurisprudenza, che risulta recepita dal legislatore sulla scorta degli approdi più equilibrati della *law in action*.

In estrema sintesi, si paventa che la delega sia lo strumento utilizzato dal datore di lavoro semplicemente per far “scivolare verso il basso” il rischio penale, ossia – in definitiva – per addossare ad un dipendente in posizione subordinata la responsabilità penale in caso di infortunio sul lavoro⁵.

Ma, accanto a questo timore, vi è altresì la consapevolezza di come la delega, laddove correttamente operata, sia *funzionale a garantire al meglio la sicurezza sul lavoro*, e in certi casi risulti addirittura *necessaria* per raggiungere quello scopo.

Quindi, affinché la delega sia per così dire “virtuosa”, ossia effettivamente diretta a garantire una migliore ripartizione degli obblighi in tema di prevenzione, si individuano una serie di *requisiti* che ne garantiscono la correttezza e che vengono scolpiti nelle “condizioni” e nei “limiti” – di natura sia formale, sia sostanziale – di cui all’art. 16 cit.⁶.

3. I requisiti formali della delega

I requisiti formali della delega di funzioni sono i seguenti: (i) essa deve innanzitutto risultare da atto scritto avente data certa (art. 16, comma 1, lett. a); (ii) in secondo luogo, occorre l’accettazione del delegato, pure per iscritto (art. 16, comma 1, lett. e); (iii) infine, alla delega va data adeguata e tempestiva pubblicità (art. 16, comma 2)⁷. La pubblicità è un requisito della delega considerata nel suo complesso, e non dell’atto in sé.

⁵ Per la diffusa sottolineatura dell’esigenza di evitare che la delega venga strumentalizzata per “de-responsabilizzare” i vertici aziendali, creando meri “capri espiatori”, si veda, nella letteratura più recente, P. POMANTI, *Soggetti attivi e connessa problematica sui limiti di efficacia della delega di funzioni*, in AA.VV. (a cura di A. MANNA), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, 38.

⁶ V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto ‘correttivo’. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, 76: l’art. 16 cit. – pur senza fornire una definizione legale della delega – “ne codifica espressamente la struttura, i requisiti essenziali e gli effetti giuridici, sancendo così la sua definitiva irruzione nel diritto positivo”. Cfr. altresì G. AMATO, *Le novità normative in tema di “delega di funzioni”*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss.; N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 829 ss.

⁷ Vedasi in particolare D’ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni (diritto penale)*, in *Enc. Dir. – Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 245-246, per l’assunto secondo cui un eventuale difetto di pubblicità non potrebbe avere rilievo ai fini dell’efficacia della delega, “potendo riflettersi, semmai, esclusivamente sulla disciplina della prova e sull’effettiva attendibilità dell’atto scritto recante la delega e dell’avvenuta accettazione da parte del delegato”. Si ritiene, in genere, che la pubblicità debba essere solo interna, e non anche esterna all’azienda, richiamando in tal senso il parere del Ministero dello sviluppo

Quanto all'atto scritto con data certa, si tende oggi ad escludere – nonostante il dato letterale, che rispecchia gli orientamenti più rigorosi e formalistici della giurisprudenza precedente alla riforma del 2008 – che la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*. Più controverso è, invece, se il requisito sia necessario *ad probationem*: il che comporta una serie di valutazioni più ampie, nella prospettiva della disciplina in tema di prova dettata dal codice di procedura penale⁸.

In definitiva, più che ad una rigida dicotomia tra forma scritta come requisito necessario ai fini della stessa validità della delega, o comunque come unico mezzo per provare l'esistenza di quel negozio, ai fini penalistici ciò che conta è l'effettività della delega, in uno con le esigenze di chiarezza ed affidabilità sottese al disegno delle posizioni di garanzia (sia originarie che derivate): sicché la ragionevole certezza (processuale) circa l'esistenza della medesima, con determinati contenuti e a partire da un preciso momento storico, dovrebbe poter essere desunta secondo le regole generali che presidiano la formazione della prova nel giudizio penale⁹ e che ne vanno ad allocare il relativo onere¹⁰.

Può essere utile precisare che il rispetto dei requisiti formali risulta connesso ad

economico 7 ottobre 2008, n. 31280. Peraltro, non si può escludere che, in casi particolari, la delega debba essere resa nota anche all'esterno (sul punto, F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 92-93): per esempio, in caso di interazione con altre imprese.

⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 10 gennaio 2018 (dep. 28 marzo 2018), n. 14352: in tema di delega di funzioni, “quanto alla forma della stessa, all'esito di una elaborazione giurisprudenziale formatasi nel corso degli anni, l'efficacia devolutiva della delega di funzioni è subordinata all'esistenza di un atto traslativo dei compiti connessi alla posizione di garanzia del titolare, che sia connotato dai requisiti della chiarezza e della certezza, i quali possono sussistere a prescindere dalla forma impiegata, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta nè *'ad substantiam'* nè *'ad probationem'* (Sez. 3, n. 3107 del 02/10/2013, Caruso, Rv 259091; Sez. 4, n. 2592 del 28/09/2006, Di Lorenzo, Rv. 235564; Sez. 4, n. 36774 del 30/06/2004, Capaldo, Rv. 229694; Sez. 4, n. 22345 del 21/05/2003, Ribaldi ed altri, nella quale espressamente si ritiene necessario ‘che sia rigorosamente provata l'esistenza di una delega espressamente e formalmente conferita’, dove il secondo avverbio viene riferito ad una delega in forma scritta, però, *'ad probationem'*, ed ancora sulla necessità di un atto ‘espresso, inequivoco e certo’, Sez. 3, 18 giugno 2003 n. 26189, Piombini; Sez. 4, 1° luglio 2003 n. 27939, Benedetti; Sez. 3, 26 maggio 2003 n. 22931, Conci)”.

⁹ Nondimeno, dal punto di vista pratico, la scelta più opportuna sembra essere quella di affidarsi ad un atto pubblico o ad una scrittura privata autenticata, da cui risulti anche l'accettazione del delegato (in ossequio al disposto dell'art. 16, c. 1, lett. e) d. lgs. n. 81/2008), così da eliminare in radice ogni dubbio sotto il profilo formale (attribuzione e accettazione della delega per iscritto, nonché data certa del negozio giuridico bilaterale).

¹⁰ In tema di onere della prova, v. Cass., Sez. IV, 19 luglio 2019 (dep. 30 ottobre 2019), n. 44141, secondo cui “in materia di infortuni sul lavoro, l'onere della prova circa l'avvenuto conferimento della delega di funzioni – e del conseguente trasferimento ad altri soggetti degli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro – grava su chi l'allega, trattandosi di una causa di esclusione di responsabilità (Sez. 3, n. 14352 del 10/01/2018, Bulfaro, Rv. 272318)”.

esigenze di corretta organizzazione dell'ente, anch'essa funzionale a un puntuale adempimento degli obblighi di prevenzione e pertanto alla tutela dei beni giuridici finali, quali la vita e l'incolumità personale dei dipendenti e dei terzi che abbiano a rapportarsi con l'impresa¹¹.

4. I requisiti sostanziali della delega

Passando ad una rapida rassegna dei requisiti sostanziali, innanzitutto il delegato deve essere *persona idonea* (art. 16, comma 1, lett. *b*), e cioè in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate¹².

Se così non fosse, si andrebbe profilando – almeno potenzialmente – una *culpa in eligendo* del delegante; sicché, in caso di infortunio, questi ne potrebbe rispondere in cooperazione colposa con il delegato (naturalmente laddove sussistano anche gli ulteriori elementi costitutivi della fattispecie)¹³.

In particolare, il “delegato inidoneo” si candida ad un rimprovero per c.d. “colpa per assunzione”, nella misura in cui abbia accettato ed effettivamente assunto un incarico, pur essendo privo delle necessarie competenze tecniche e professionali¹⁴.

Sul punto – ma si tratta di un aspetto che può assumere valenza più generale – ci si è domandati se il difetto di un requisito di validità della delega possa incidere, nel senso di rendere inefficace la stessa: con la conseguenza che non vi sarebbe, in ultima analisi, un “delegato” propriamente detto¹⁵.

In realtà, pare che il destinatario della delega, che l'abbia formalmente accettata o che comunque, di fatto, abbia assunto i relativi poteri e doveri, sia da considerare in via

¹¹ Sul punto, anche per ulteriori sviluppi, si può rinviare ad A. NISCO, *La delega di funzioni nel testo unico della sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa* (a cura di F. CURI), Bononia University Press, Bologna, 2009, 101 ss. (spec. 113, muovendo dalla constatazione per cui “anche i requisiti formali possono essere intesi come regole cautelari”).

¹² Per valutare l'idoneità, si ritiene in genere che il delegante debba disporre (quantomeno) di un *curriculum vitae* del delegato, da cui risulti l'idoneità del profilo tecnico-professionale a ricoprire lo specifico ruolo assegnato. Una ulteriore *due diligence* sul candidato potrebbe essere utile, nella prospettiva degli incarichi di maggiore complessità. In siffatta ottica, si potrebbe suggerire almeno un'autocertificazione, onde verificare se la persona risulti sottoposta a procedimenti penali ovvero se abbia riportato condanne, onde valutare eventuali risultanze positive ricollegabili alle tematiche della sicurezza.

¹³ V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., 87.

¹⁴ Cfr. F. D'ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni*, cit., 248, con il *caveat* che ciò non deve tradursi in forme di responsabilità per mero *versari in re illicita*.

¹⁵ Cfr. S. DOVERE, *Delega di funzioni prevenzionistiche e compliance programs*, in *Riv. 231*, n. 4/2010, 105.

derivata alla stregua di un garante ulteriore, ancorché lo si vada a reputare “inidoneo”.

Del resto, l’art. 299 d.lgs. n. 81/2008 prevede espressamente che “le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all’articolo 2, comma 1, lettere *b)*, *d)* ed *e)*” (datore di lavoro, dirigente, preposto) “gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti”¹⁶.

Dal momento che i reati propri nel settore del diritto penale del lavoro¹⁷ vedono equiparata alla figura di diritto quella di fatto corrispondente, addirittura a prescindere dall’esistenza di un apposito contratto, a maggior ragione una struttura negoziale viziata in taluno dei suoi requisiti non può essere di ostacolo a comprendere il delegato nel novero dei soggetti “legittimati”, laddove ne derivi una effettiva investitura nei compiti al medesimo affidati. In altre parole, il vizio della delega non esclude che – quantomeno di fatto – il “delegato inidoneo” possa andare ad assumere i requisiti tipici del soggetto obbligato ed i connessi doveri in funzione di prevenzione¹⁸.

Peraltro, in caso di delega non solo inidonea, ma addirittura meramente fittizia, il delegato non avrebbe neppure un ruolo di fatto, e quindi si potrebbe discutere sulla effettiva configurabilità di una cooperazione colposa del medesimo con il delegante, che viceversa vedrebbe immutata la propria posizione di garanzia, con l’originaria corona di poteri e di doveri connessi.

Per inciso, tale ragionamento – *mutatis mutandis* – può assumere una valenza più generale, nei vari casi in cui la delega risulti carente di uno o più requisiti che la caratterizzano.

Il delegato “idoneo”, viceversa, si caratterizza per essere in possesso di una specifica capacità tecnica, in relazione ai compiti ed alle funzioni oggetto della delega medesima. In genere si tende a sottolineare come non sia sufficiente una generica

¹⁶ Sul tema, per tutti, F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2024, 71 ss.; P. POMANTI, *Soggetti attivi*, cit., 40-41.

¹⁷ Sui rapporti tra reato proprio e diritto penale d’impresa, si rinvia – anche per ulteriori indicazioni bibliografiche – alla monografia di A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d’impresa*, Giuffrè, Milano, 2005, spec. 121 ss., con particolare riguardo alla natura giuridica della delega, nell’ottica del “settore pilota” della sicurezza del lavoro.

¹⁸ Il che ovviamente, in caso di infortunio sul lavoro, non esime dalla verifica di tutti gli ulteriori elementi della fattispecie colposa di evento. Ossia: *(i)* colpa nella sua duplice misura, oggettiva (sul piano dell’illecito, a partire cioè dalla valutazione della condotta come tipicamente colposa, in base alle regole cautelari di riferimento) e soggettiva (sul versante della colpevolezza, *id est* della possibilità di muovere un rimprovero personale del fatto colposo all’autore), *(ii)* nesso causale o suo equivalente, *ex art. 40* cpv. c.p., e *(iii)* nessi normativi tra condotta colposa ed evento, per come verificatosi *hic et nunc*.

“affidabilità” della persona, e nemmeno una mera capacità sul piano organizzativo-manageriale, dovendo piuttosto trattarsi di soggetto tecnicamente esperto e dotato di competenze specialistiche nel settore¹⁹.

La delega deve inoltre attribuire al delegato *tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo* richiesti dalla *specificità natura* delle funzioni delegate (lett. c), nonché l'*autonomia di spesa* necessaria allo svolgimento di tali funzioni (lett. d).

Il tenore letterale della disposizione riecheggia qui la giurisprudenza in tema di effettività, specificità ed esaustività della delega: non basta designare come delegato una persona idonea, munita delle necessarie competenze tecniche, ma occorre anche dotare il garante “di creazione negoziale” di tutti poteri organizzativi, gestionali e decisori, in modo tale che questi possa avvalersene per fronteggiare in maniera efficace i rischi d’impresa in tema di sicurezza e salute, in base alla specifica natura delle funzioni delegate²⁰.

Agli autonomi poteri decisionali del delegato risulta strettamente connessa, come in una sorta di endiadi che giustifica la trattazione unitaria dei requisiti in esame, l'*autonomia finanziaria e di spesa* che deve essere al medesimo garantita, senza la quale l'autonomia decisionale sarebbe destinata a rimanere un puro dato formale.

Devono dunque essere messi a disposizione del delegato mezzi finanziari adeguati, ai quali il medesimo possa accedere direttamente – ovvero senza che vi sia bisogno di passare di volta in volta attraverso un’autorizzazione del vertice aziendale – in modo da provvedere al corretto adempimento dei compiti in materia di prevenzione che formano oggetto di delega.

Anche questi requisiti sostanziali sono imprescindibili al fine di “rimodulare” validamente l’obbligo originario che incombe sul delegante, con tendenziale esonero da responsabilità – già sul piano oggettivo – nel caso in cui si verifichi un evento lesivo (salva la tematica della c.d. *culpa in vigilando*, su cui v. *infra*). Viceversa, per le ragioni già anticipate poc’anzi, un “vizio” della delega, che si traduca in una violazione

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2021 (dep. 07/04/2022), n. 13199, per una vicenda in cui è stato censurato il contenuto della delega in quanto “privo di specificità per quanto concerne i requisiti di professionalità del responsabile aziendale” e “carente in tema della sussistenza di capacità tecniche dell’indagato”, richiamandosi la necessità che la delega “investa persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento” e “fermo restando, comunque, l’obbligo, per il datore di lavoro, di vigilare e di controllare che il delegato usi correttamente la delega, secondo quanto la legge prescrive (Sez. 4, n. 24908 del 29/01/2019, Ferrari, Rv. 276335; Sez. U., n. 38343 del 24 aprile 2014, Espenhahn, Rv. 261109)”.

²⁰ In giurisprudenza, vedasi la celebre sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, nella vicenda ThyssenKrupp, richiamata altresì nella nota che precede.

significativa delle disposizioni in esame, può aprire la strada ad una contestazione di cooperazione colposa tra delegante e delegato, che – pur avendo accettato la delega – rimanga inerte, a fronte di un trasferimento di poteri ovvero di risorse economiche insufficienti.

Si esclude, in ogni caso, che l'autonomia finanziaria debba essere illimitata, risultando bastevole che essa risulti “congrua rispetto ai poteri attribuiti e parametrata in modo da mettere il delegato nella condizione di potere efficacemente fronteggiare tutte le situazioni contingenti che lo stesso sia chiamato a gestire, purché non dipendenti da carenze strutturali ed organizzative di carattere generale”, potendosi ammettere “la possibilità di porre dei limiti ai poteri di spesa del delegato”, anche “attraverso un meccanismo che, in relazione a interventi che eccedano determinate soglie, prescriva l'intervento autorizzativo degli organi di vertice dell'impresa”²¹. In questi termini, risulta condivisibile l'assunto secondo cui la previsione di una siffatta autorizzazione non si pone in contraddizione con il principio di autonomia del delegato.

5. Gli obblighi residui in capo al datore di lavoro a fronte di una delega valida e la c.d. *culpa in vigilando*

Il principale referente normativo in tema di *culpa in vigilando* è rappresentato dall'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2008, ove si dispone che “la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite”.

Dal punto di vista dogmatico, si sono confrontate nel tempo tesi diverse, che hanno contribuito ad un sempre maggiore affinamento del concetto e del meccanismo della delega di funzioni, conducendo a taluni approdi su cui sembra esservi oramai convergenza di opinioni piuttosto ampia.

Posto che ciò consente di impostare correttamente la soluzione dei molteplici problemi sollevati dalla prassi, occorre avvertire che volendo anche solo riassumere le tesi frutto di elaborazione dottrinale ed i principali arresti giurisprudenziali, occorrerebbe impegnare uno spazio spropositato. Sia consentito, allora, procedere attraverso alcuni sintetici enunciati in tema di delega di funzioni – che sottendono del resto argomentazioni assai note – per poi affrontare la più specifica problematica della *culpa in vigilando*.

²¹ F. D'ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni*, cit., 249. Cfr. altresì A. SCARCELLA, *La delega di funzioni*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da F. PALAZZO e C.E. PALIERO, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore* (a cura di B. DEIDDA e A. GARGANI), Giappichelli, Torino, 2012, 89 ss.

Si può convenire, innanzitutto, sull'assunto per cui una delega valida, ossia rispettosa dei requisiti formali e sostanziali sopra esaminati, *fa nascere una nuova (ed ulteriore) posizione di garanzia in capo al delegato*²².

Va inoltre rimarcato che, anche in caso di delega posta in essere con tutti i crismi, il delegante non si spoglia del tutto degli obblighi in tema di sicurezza (e quindi non vengono meno né la sua posizione di garanzia, né i connessi obblighi di impedimento dell'evento, ex art. 40 cpv. c.p.): più precisamente, l'obbligo *permane in capo al titolare originario, ma muta di contenuto*²³. Di contro, qualora la delega sia viziata, è evidente come essa non possa avere "efficacia liberatoria" nei confronti del delegante (mentre il delegato rimane a sua volta esposto al rischio di una cooperazione colposa, come si è accennato in precedenza).

L'obbligo originario si trasforma – come risultato della "mutazione" *de qua* – in un obbligo di vigilanza ovvero di controllo sull'operato altrui (ovverosia in ordine al corretto espletamento, da parte del delegato, delle funzioni trasferite), rilevante (soprattutto) nella prospettiva dell'omesso impedimento di eventi lesivi²⁴.

L'efficacia della delega, in altri termini, va apprezzata già in relazione al

²² Di recente, in tal senso, F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 89: "L'effetto della delega è l'abilitazione conferita da parte del garante originario (c.d. delegante) ad un altro soggetto (c.d. delegato) ad esercitare in sua vece i poteri tipici della posizione di garanzia, con i corrispondenti doveri, il cui omesso o negligente adempimento può dar luogo a responsabilità penale" (...) "La delega, dunque, crea un nuovo garante, a titolo per così dire derivato, e al contempo trasforma il contenuto della posizione di garanzia originaria, che non è più volta all'impedimento diretto dell'evento avverso, bensì al controllo dell'operato del nuovo garante". Per tale impostazione, che fa perno sulle posizioni di garanzia e che risulta chiaramente delineata in dottrina sin dai primi anni Ottanta del secolo scorso, v. A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., 213 s.; D. PULITANO, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, cit., 178 ss.; G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, 744 ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 138 ss. Per i riflessi nella prospettiva della teoria dei soggetti attivi del reato, v. A. GULLO, *Il reato proprio*, cit., 137 ss.

²³ Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983, 437, secondo cui "in presenza di una delega di competenze, il comportamento dovuto dell'obbligato si trasforma: dall'adempimento personale degli obblighi si passa ad un controllo sulla condotta altrui, controllo la cui misura sarà influenzata da molteplici fattori. Non sembra quindi che si possa negare che la delega influisca in qualche modo sulla stessa struttura obiettiva del comportamento doveroso".

²⁴ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 439: la delega "può far nascere una nuova posizione di garanzia in capo all'incaricato, non può comportare una liberazione dell'obbligato originario, ma semmai solo una modifica di contenuto della situazione di garanzia originaria che non richiede più un adempimento personale, ma piuttosto un'attività di coordinamento organizzatorio, di direzione o di controllo dell'attività del delegato". Sulla dialettica tra concezioni formali e contenutistico-funzionali della posizione di garanzia, con le relative implicazioni, si rinvia a F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 622.

contenuto obiettivo degli obblighi che fanno capo al delegante, e quindi sul piano della tipicità, prima ancora che in sede di valutazione della colpevolezza (la quale pure merita di essere valorizzata: v. *infra*).

È una soluzione in linea con la misura *innanzitutto oggettiva* della colpa: mediante la delega, e per effetto della stessa, mutano le regole cautelari di riferimento, alla stregua delle quali occorre valutare la condotta del delegante²⁵.

Di conseguenza, in caso di delega idonea e di corretto assolvimento dei compiti “residuali” da parte del delegante, viene meno la stessa tipicità del fatto colposo (stante l’insussistenza della componente fattuale della colpa).

Al tempo stesso, va ribadito che – anche a fronte di una valida delega – continua a far capo al delegante un obbligo di controllo *su quanto delegato* ovvero sull’operato del delegato, quale “residuo non delegabile”: quindi, questo obbligo di controllo *si aggiunge* agli obblighi del datore di lavoro espressamente definiti non delegabili dall’art. 17, comma 1, d. lgs. 81/2008. In definitiva: all’obbligo di *valutazione dei rischi*, con l’elaborazione del relativo documento (lett. *a*) e a quello di *designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione* (lett. *b*), si affianca – come non delegabile dal datore di lavoro – l’obbligo di *controllo*, la cui violazione può fondare la *colpa in vigilando*.

In sintesi, l’attuale formulazione dell’art. 16 d. lgs. n. 81/2008 sembra aver recepito l’impostazione definita “intermedia”, basata sulla teoria delle posizioni di garanzia. In particolare, nella prospettiva della fattispecie colpose causalmente orientate che più di frequente possono venire in considerazione nel settore del lavoro (omicidio colposo, lesioni personali colpose, disastro colposo) sia il delegante, sia il delegato, sono “legittimati” alla realizzazione del modello omissivo improprio (che è sempre un “reato proprio” del soggetto gravato dell’obbligo giuridico *ex art. 40 cpv. c.p.*)²⁶.

²⁵ Come si è detto poc’anzi, dunque, si conferma che una valida delega circoscrive già sul piano oggettivo i doveri del delegante, improntandoli a compiti di vigilanza (con le precisazioni e le problematiche che si esamineranno fra poco). Ciò significa – come pure si è accennato – che cambiano anche le regole cautelari doverose: in questo senso, la delega incide sulla colpa, ma in primo luogo nella sua componente fattuale tipica (e solo eventualmente, in seconda battuta, in sede di colpevolezza colposa). Sul punto, A. NISCO, *La delega*, cit., 106.

²⁶ Secondo la nota impostazione di T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 80 ss., la rilevanza della delega andrebbe invece colta sul versante dell’imputazione *soggettiva*, incidendo sulla misura di diligenza concretamente esigibile (alla luce di vari elementi, quali per esempio le dimensioni dell’impresa, la ragionevolezza dell’affidamento riposto nel delegato, ecc.). In sostanza, tale teoria esclude la possibilità di ravvisare una posizione di garanzia in capo al delegato e inquadra la problematica nella categoria della colpevolezza. Più precisamente, posto che la delega non trasferisce la qualifica soggettiva in capo al delegato, questi – nell’ottica del concorso di persone nel reato – resterebbe pur sempre un

Invero, la condotta del delegante (garante legale primario) che abbia efficacemente traslato i propri obblighi di prevenzione in capo al delegato (garante negoziale derivato) può dirsi tipica, e cioè colposa, solo se e nella misura in cui egli abbia violato regole precauzionali finalizzate ad assicurare un adeguato controllo; regole che la legge riconduce *lato sensu* al denominatore comune della corretta organizzazione (art. 16, c. 3, secondo periodo: “l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro, in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4”); fermo restando che la particolare complessità dell’organizzazione aziendale e dei rischi da gestire plasma anche i contorni del dovere di vigilanza.

Tali conclusioni non collidono, in larga misura, con l’assunto secondo il quale la delega comporta un “trasferimento di funzioni”²⁷.

Secondo tale impostazione, infatti, le funzioni delegate vengono appunto traslate dal delegante ad un soggetto diverso (il delegato), nei cui confronti, in sostanza, il precetto penale finisce per re-indirizzarsi. Indubbiamente anche questa teoria coglie nel segno, laddove colloca l’efficacia della delega sul piano *oggettivo*. Né va trascurata la circostanza che lo stesso art. 16, comma 3, d. lgs. n. 81/2008, fa espresso riferimento alle “*funzioni trasferite*” al delegato: dunque, che si verifichi un trasferimento delle funzioni, già sul piano oggettivo, sembra essere fuor di dubbio. Ciò che viceversa non è stato recepito dal legislatore – il quale, sul punto, ha per così dire “assecondato” il diritto vivente – è che il delegante, in quanto soggetto che ha trasferito validamente le funzioni, resti debitore di un mero obbligo di sorveglianza, irrilevante nella prospettiva dell’art. 40 cpv. c.p.²⁸. Resta fermo, tuttavia, che la sussistenza dell’equivalente normativo del nesso causale e la sua contro-faccia rappresentata dalla evitabilità dell’evento *hic et nunc* mediante il comportamento alternativo lecito, debbono essere accertati in maniera rigorosa e al di là di ogni ragionevole dubbio; in più, in sede di colpevolezza, occorre altresì vagliare l’esigibilità del comportamento oggettivamente doveroso.

extraneus, mentre nel contempo il delegante, quale unico destinatario del precetto, potrebbe vedere esclusa la propria penale responsabilità solo attraverso l’esclusione dell’elemento soggettivo del reato.

²⁷ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 67 ss.

²⁸ Cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 175 ss. Per la distinzione tra le diverse tipologie di obblighi e le relative conseguenze in tema di disciplina si può rinviare – anche per ulteriori riferimenti – alla monografia di I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

6. Luci ed ombre del quadro attuale, nell'ottica di una possibile riforma

Dal punto di vista della tecnica di formulazione, le norme che disegnano la delega di funzioni paiono nel complesso sufficientemente chiare e puntuali. Taluni aspetti che formano oggetto di interpretazioni controverse, cui si è fatto cenno in precedenza, rientrano nella fisiologia e sarebbe utopistico immaginare una riforma in grado di eliminare ogni margine di opinabilità. Del resto, come pure si è visto, il legislatore ha potuto giovare di un'opera di progressivo affinamento concettuale dell'istituto in esame, maturato sia nella letteratura scientifica, sia nel diritto vivente.

In un'ottica *de iure condendo*, si potrebbe invece pensare a un moderato *restyling* sul fronte della individuazione del comportamento doveroso del delegante, che voglia adempiere correttamente al proprio dovere residuo di "vigilanza".

È opportuno, allora, esaminare più a fondo i contenuti attuali del "comportamento alternativo lecito" speculare e opposto rispetto alla *culpa in vigilando*.

Anche a questo proposito – come accennato *supra* – troviamo nella legge un punto di riferimento *prima facie* preciso, anche se non mancano le controversie interpretative: "l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro, in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4" (art. 16, comma 3, secondo periodo, d. lgs. n. 81/2008 e succ. mod.)²⁹.

Quest'ultima disposizione recita, a sua volta, che "il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico".

Prima della riforma del 2008, l'ampiezza dell'obbligo di controllo del delegante

²⁹ Sulle diverse ipotesi di *culpa in vigilando* e i relativi riflessi in tema di comportamento alternativo lecito, D. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, 81 ss. Vedasi, oltre ai lavori citati *infra*, N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Jovene, Napoli, 2012, 21 e 214 ss.: posto che l'art. 16, comma 3, cit. prevede "un obbligo prevenzionistico di tipo relazionale che impone un controllo non su fatti specifici, ma sulla tenuta complessiva del sistema organizzativo" – con posizione di garanzia rilevante ai fini dell'art. 40 cpv. c.p. – "il normale modo di adempimento del dovere di vigilanza" è "quello connesso all'adozione di un sistema informativo interno di vigilanza (art. 16 co. 3 T.U.) e di un modello di organizzazione e di gestione ai sensi dell'art. 30 T.U.".

poteva variare a seconda delle situazioni, risultando influenzata – in particolare – dalle dimensioni dell’impresa; posto ciò in linea generale, ed in mancanza di precisi riferimenti legali, si richiedeva al garante primario di cogliere eventuali “segnali d’allarme” relativi ad inadempimenti del delegato e di attivarsi di conseguenza. Tali segnali potevano essere ravvisati, per esempio, nella notizia di infortuni occorsi a lavoratori, da specifiche doglianze dei medesimi o di soggetti terzi, ovvero da “prescrizioni” dettate dagli organi di vigilanza³⁰.

Dunque, nel 2008, il legislatore delegato ha introdotto una prima indicazione in merito, con il testo originario dell’art. 16, comma 3, d. lgs. n. 81/2008: “La delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La vigilanza si esplica *anche* attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all’articolo 30, comma 4” (corsivo aggiunto).

La particella “anche” sembrava lasciare aperte modalità alternative di adempiere all’obbligo di vigilanza, diverse rispetto al ricorso ai “sistemi” di cui all’art. 30, comma 4, cit.

Il testo attuale è frutto delle modifiche inserite nel Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro con il d. lgs. n. 106/2009 (c.d. “decreto correttivo”), in forza del quale il comma 3 dell’art. 16 è stato riformulato nei termini anzidetti³¹.

Oggi, stando al tenore letterale del comma 3 cit. e alla soppressione della particella “anche”, sembrerebbe addirittura doveroso ricorrere all’adozione del modello organizzativo *ex art. 30, c. 4, T.U.*, sulla falsariga del d. lgs. n. 231/2001, non nel senso che sia obbligatorio dotarsi del M.O.G., ma a significare che – al fine di evitare un

³⁰ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale*, cit., 431 (per inciso, copia dell’atto prescrittivo deve essere notificata o comunicata al legale rappresentante dell’ente in cui opera il contravventore, anche allo scopo di portarlo a conoscenza della violazione di norme antinfortunistiche, pur se addebitabile ad altri soggetti appositamente delegati). Tali segnali possono ancora oggi avere un peso nella valutazione di una eventuale cooperazione colposa (se non addirittura di un concorso doloso, in casi estremi) che coinvolga anche il delegante.

³¹ Per comodità del Lettore: (i) il comma 3 è stato così riformulato: “La delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. 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”; inoltre, (ii) è stato inserito il comma 3-*bis* (“Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate”).

addebito per *culpa in vigilando* – occorra delineare in maniera corretta tutte le attività di vigilanza all'interno del modello e renderlo effettivo.

Inevitabilmente, il modello dovrebbe prevedere procedure in tema di flussi informativi, di documentazione delle attività svolte, di coordinamento con attività di *auditing* e di *whistleblowing*, di rapporti con l'Organismo di Vigilanza, ecc., tanto più complesse quanto più vasta sia la realtà aziendale (e articolati i relativi organigrammi).

Di riflesso, l'obbligo di vigilanza – che nasce come una sorta di residuo non delegabile in capo al datore di lavoro – a ben vedere non può che essere adempiuto (almeno nelle realtà più complesse) mediante l'operato sinergico di più soggetti, diversi dal delegante³².

Del resto, non è immaginabile che il delegante proceda personalmente e direttamente a controllare la correttezza o meno dell'attività del delegato, tramite verifiche “a campione” (ben poco efficaci in contesti complessi) o che ambiscano alla sistematicità (al limite del praticamente impossibile, se non oltre quel limite)³³.

Si possono individuare, inoltre, taluni profili problematici ulteriori che derivano dall'assetto normativo attuale e che potrebbero suggerire un intervento del legislatore.

In particolare, si può profilare una discrasia tra “datore di lavoro” (come soggetto delegante cui incombe l'obbligo di vigilanza) e soggetti dotati dei poteri decisionali necessari per l'adozione o l'implementazione del M.O.G.³⁴.

In primo luogo, è noto che, nell'ottica della sicurezza e della prevenzione, si possono rinvenire – all'interno di un unico ente e nello stesso tempo – più figure di datore di lavoro, potendo essere qualificato in tal senso non solo il titolare del rapporto di lavoro con i dipendenti, ma anche chiunque diriga un'unità produttiva dotata di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale, essendo anche concretamente dotato dei relativi poteri decisionali e di spesa³⁵.

³² Qualora l'attività di vigilanza sfoci nella segnalazione di una specifica situazione di pericolo al garante primario/delegante, questi dovrebbe attivarsi personalmente allo scopo di porvi rimedio (se del caso, anche interagendo con altri soggetti).

³³ Puntualmente, F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 97: “non è certamente idonea una verifica personale, tanto a campione, quanto sistematica e generalizzata”; nel senso della esclusione di un dovere di verifica “a tutto campo”, v. anche G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Legislaz. pen.*, 3 febbraio 2020, 7.

³⁴ La discrasia latente (ancorché solo potenziale) si conferma dal confronto tra l'organo dirigente deputato all'adozione del modello, in base al d. lgs. n. 231/2001 e il datore di lavoro/delegante, cui fa riferimento il d. lgs. n. 81/2008.

³⁵ Cfr. la definizione dettata dall'art. 2, comma 1, lett. b), d. lgs. n. 81/2008, secondo cui il “datore di lavoro” in ambito privatistico è “il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la

Tale assetto si inserisce in un contesto più ampio, per cui l'imprenditore può "organizzare l'impresa" ripartendola in "unità produttive" (stabilimenti o strutture finalizzate alla produzione di beni o di servizi, dotate di autonomia finanziaria e tecnico funzionale), al cui vertice viene posto un soggetto che, se ed in quanto titolare di poteri decisionali e di spesa, viene appunto ad assumere la qualifica datoriale, con i relativi poteri e doveri.

Pertanto, occorre tenere distinta la figura dell'imprenditore delineata dall'art. 2087 c.c. da quella del datore di lavoro, per come definito dal d. lgs. n. 81/2008 (ed anche in precedenza, dal d. lgs n. 626/1994): il secondo può coincidere con il primo, ma non necessariamente. Infatti, l'imprenditore può delegare (in senso lato) altri (di solito: dirigenti), facendo sì, in buona sostanza, che questi ultimi vengano a ricoprire una posizione che normativamente comporta la qualifica datoriale. In altre parole, attraverso la delega può delinearsi la figura di un datore di lavoro "derivato", che può rispondere a titolo autonomo, senza coinvolgere necessariamente il "datore primario", anche in relazione ai reati comuni (quali appunto l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose), i quali – come si è visto *supra* – si tramutano peraltro in reati propri quando si tratti di imputare l'evento *ex art. 40 cpv. c.p.* (dovendo il soggetto attivo rivestire la qualifica di garante del bene giuridico protetto).

Ancora: si distingue tra deleghe in senso verticale (si tratta dell'ipotesi più ricorrente, in cui il delegante occupa una posizione sovraordinata, nell'organigramma aziendale, rispetto al delegato) e deleghe in senso orizzontale (in cui la ripartizione di funzioni risulta operata fra soggetti di pari livello).

Come esempio di delega orizzontale si può citare il caso in cui, nell'ambito del consiglio di amministrazione di una società di capitali, venga attribuita ad uno dei consiglieri una delega in tema di sicurezza del lavoro³⁶; ovvero, in una società di persone, si

propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa". Sul tema, anche per altri riferimenti, E. SCAROINA, *La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse*, in *Sistema penale*, 16 giugno 2021, spec. 5 ss. (nel paragrafo dedicato a "datore di lavoro e datori di lavoro nelle organizzazioni complesse: il c.d. modello multidatoriale").

³⁶ Nella giurisprudenza di legittimità da molto tempo si è formato in convincimento che – in tema di sicurezza del lavoro – il presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali non possa essere, da solo, considerato il rappresentante della società, appartenendo la rappresentanza all'intero consiglio di amministrazione, salvo delega che il consiglio stesso faccia ad un comitato esecutivo od a singolo consigliere (amministratore) delegato. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, "la delega delle attribuzioni del consiglio di amministrazione ad uno (o più) dei suoi membri importa il conferimento della facoltà di esercitare i poteri dell'intero organo collegiale; una volta conferita la delega, l'obbligo di vigilanza sulla osservanza delle misure antfortunistiche passa dall'intero

individui formalmente e specificamente in uno solo dei soci, dotato di particolare competenza, il soggetto con qualifica datoriale, destinato a svolgere le relative funzioni.

Orbene, in casi siffatti occorre tener conto della circostanza che il M.O.G. dovrebbe essere un documento (o un insieme di documenti tra loro connessi) unitario e coerente, destinato ad organizzare l'attività aziendale nei vari settori in cui essa si esplica, tenendo conto dei rischi relativi alla commissione di plurimi ed anche assai eterogenei reati presupposto. In questo tessuto si deve integrare la componente dedicata in modo specifico alla sicurezza del lavoro e strutturata in base alle specifiche indicazioni promananti dall'art. 30, cit.

In definitiva, le scelte in tema di adozione, attuazione ed implementazione del M.O.G. difficilmente possono essere sottratte alle valutazioni del vertice dell'impresa nel suo complesso, mentre il delegante onerato dell'obbligo di vigilanza ben può essere un soggetto deputato ad occuparsi nello specifico della sicurezza sul lavoro, senza avere compiti, né poteri di organizzazione aziendale in altri ambiti. In tal caso, il delegante non sarebbe dotato dei poteri necessari allo scopo di adempiere all'obbligo controllo sull'attività del delegato con la modalità descritta dall'art. 16, comma 3, cit., proprio in quanto essa si inserisce nel contesto di funzioni organizzative più ampie (ad es.: dell'intero C.d.A., e non del singolo consigliere con delega alla sicurezza del lavoro; oppure dell'amministratore delegato, e non del datore di lavoro individuabile come tale in quanto al vertice di una singola unità produttiva).

Questa considerazione conduce a un tema più ampio e trasversale al concetto di *culpa in vigilando*, e cioè che l'istituto possa dare luogo (i) a forme di responsabilità addirittura per fatto altrui, in violazione del "contenuto minimo" del principio di colpevolezza (art. 27, primo comma, Cost); (ii) o comunque a violazioni del principio di colpevolezza inteso in senso più pregnante, cioè come fatto non solo proprio, ma anche colpevole (in base alla nota sinergia tra primo e terzo comma dell'art. 27 Cost.).

7. Un rapido confronto con il settore medico: la *culpa in vigilando* del medico in posizione apicale

Il diritto vivente offre significativi spazi di attenzione al rischio appena evidenziato, non solo nel settore giuslavoristico. A titolo esemplificativo, si può citare la

consiglio di amministrazione al delegato" (così, p. es., Cass., Sez. IV, 26 settembre 1990, Massari, CED 185678-9, Mass. giur. lav. 1991, 294). Sull'istituto della delega gestoria e sulla distinzione rispetto alla delega di funzioni basti qui rinviare a Cass., Sez. IV, 20 ottobre 2022 (dep. 27 febbraio 2023), n. 8476.

giurisprudenza di legittimità in tema di *culpa in vigilando* del medico in posizione apicale, che per un verso recepisce schemi e concetti nati in tema di sicurezza del lavoro, e che per altro verso denota una particolare sensibilità nei confronti dei valori costituzionali in gioco.

Anche il medico in posizione apicale può delegare ad altri medici idonei le funzioni diagnostiche e terapeutiche relative ai singoli pazienti all'interno della struttura o del reparto; il che consente di razionalizzare l'erogazione del servizio sanitario e di organizzarlo anche in base ad esigenze di natura cautelare, proprio in quanto il singolo paziente può ricevere cure più efficaci, nella misura in cui abbia a disposizione medici appositamente incaricati di seguirlo.

Allo stesso tempo, quel medico delegante può incorrere in *culpa in vigilando*: “anche attraverso detta delega il medico apicale ‘delegante’ non si libera completamente della propria originaria posizione di garanzia, conservando una posizione di vigilanza, indirizzo e controllo sull'operato dei delegati. Obbligo di garanzia che si traduce, in definitiva, nella verifica del corretto espletamento delle funzioni delegate e nella facoltà di esercitare il residuale potere di avocazione alla propria diretta responsabilità di uno specifico caso clinico”. Nondimeno, “ipotizzare un obbligo di controllo tanto pervasivo da non consentire alcun margine di affidamento sulla correttezza dell'operato altrui significa esporre a responsabilità penale il medico in posizione apicale per ogni evento lesivo possa occorrere nel reparto affidato alla sua direzione. Ciò, a prescindere da fattori quali le dimensioni della struttura, il numero di pazienti ricoverati, l'assegnazione degli stessi a medici di livello funzionale inferiore ma comunque dotati per legge di un'autonomia professionale il cui rispetto è imposto alla stessa figura apicale. Pertanto deve ritenersi che allorché il medico apicale abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, direzione, coordinamento e controllo e, ciononostante, si verifichi un evento infausto causato da un medico della propria struttura, di detto evento debba rispondere eventualmente unicamente il medico o i medici subordinati. Ravvisare infatti una responsabilità penale del medico in posizione apicale anche in questi casi significa accettare una ipotesi di responsabilità per posizione, in quanto non può pretendersi che il vertice di un reparto possa controllare costantemente tutte le attività che ivi vengono svolte, anche per la ragione, del tutto ovvia, che anch'egli svolge attività tecnico-professionale. In tal caso, appare evidente il rischio di contrasto col principio di responsabilità penale personale, *ex art. 27 Cost.*, comma 1”³⁷.

³⁷ Cass., Sez. IV, 21 giugno 2017 (dep. 26 aprile 2018), n. 18334.

8. Il corretto adempimento dell'obbligo di vigilanza

Orbene, se si vuole davvero scongiurare il rischio di forme di responsabilità per fatto altrui, o comunque la celebrazione di processi con soggetti imputati solo a causa della posizione ricoperta, occorre probabilmente delimitare meglio i confini della *colpa in vigilando* e accettare l'idea che – in presenza di una delega correttamente operata e di sistemi di controllo altrettanto correttamente recepiti nel modello organizzativo, aventi ad oggetto l'attività svolta dal delegato e la perdurante idoneità del medesimo – il delegante sia da considerare adempiente rispetto all'obbligo di vigilanza: con la conseguenza di escludere, come detto, la misura oggettiva della colpa (non essendo configurabile in radice una condotta colposa per difetto di vigilanza). Diversamente, si rischia appunto di addebitare al delegante un fatto sostanzialmente altrui. Per inciso, onde evitare l'obiezione che si intenda qui trascurare la misura soggettiva della colpa, ovvero la dimensione più personalistica del rimprovero di colpevolezza, è opportuno chiarire che questo aspetto – ovviamente – resta pure assai rilevante, ancorché sia da esaminare dopo, in base all'ordine logico che impronta l'analisi sistematica del reato.

In dottrina, sono state evidenziate plurime criticità che caratterizzerebbero l'assetto normativo delineato in tema di adempimento dell'obbligo di vigilanza (e di riflesso in materia di *colpa in vigilando*) dal T.U., anche dopo l'intervento correttivo del 2009.

Innanzitutto, si è osservato che l'art. 30 comma 4 si limiterebbe a prevedere un sistema di controllo del M.O.G. e che il concetto di "modello" sarebbe più ampio rispetto a quello di "sistema". Di conseguenza, non sarebbe corretto l'uso del termine "modello" nell'art. 16, comma 3, dovendosi tenere distinti i due diversi ambiti di controllo, che risponderebbero ad esigenze di vigilanza autonome³⁸.

Sul punto, che meriterebbe approfondimenti ben più ampi, giova evidenziare l'esigenza che il modello di organizzazione e di gestione si mantenga unitario: ossia, l'affermazione secondo cui l'ambito di controllo sarebbe duplice di per sé risulta condivisibile, ma non deve fare immaginare che sia opportuno, né tantomeno doveroso, disciplinare il controllo in modelli organizzativi distinti e autonomi³⁹. Al contrario, la

³⁸ Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. DELOGU, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, in *Dir .sic. lav.*, 2018, 44, nota 110; T. VITARELLI, *La disciplina della delega di funzioni*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* (a cura di F. GIUNTA - D. MICHELETTI), Giuffrè, Milano, 2010, 49.

³⁹ F. D'ALESSANDRO, *La delega di funzioni*, cit., 240: "Quanto alla reale portata di tale obbligo residuo il legislatore ha chiarito – attraverso il decreto "correttivo" (d. lg. n. 106 del 2009), che ha riformulato il comma 3 dell'art. 16 d. lg. n. 81 del 2008 – come esso abbia natura essenzialmente organizzativa e

direzione da seguire – in funzione di una implementazione della sicurezza nei luoghi di lavoro – è semmai quella di una efficace integrazione fra i sistemi di gestione che risultano adottati in seno alla realtà aziendale, che tenga conto anche certificazioni conseguite e mantenute⁴⁰. La mancanza di integrazione, infatti, può essere valutata, anche dall’Autorità giudiziaria, come indice di cattiva organizzazione: si pensi alla sovrapposizione di regole e di procedure interne, alla “stratificazione” di documenti cartacei, alla ridondante proliferazione di centri di controllo e ai potenziali conflitti, incertezze, ritardi e ostacoli che ne possono derivare (con conseguente aumento di costi inutili).

Del resto, l’art. 30, comma 4, del d. lgs. n. 81/2008, espressamente richiamato dall’art. 16, comma 3, cit., prevede che il modello organizzativo debba prevedere – tra l’altro – “un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate”⁴¹, e non vi è dubbio che il “modello” cui si fa riferimento è sempre il “modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di

come il suo corretto assolvimento passi necessariamente attraverso la predisposizione di una struttura operativa in grado di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di tutela normativamente fissati, accompagnata dall’adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello di verifica e controllo (*ex art. 30 comma 4 d. lgs. n. 81, cit.*). Tale modello costituirà parte integrante, in relazione alle ipotesi previste dall’art. 25-*septies* d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, del più ampio modello di organizzazione e gestione che, ai sensi degli art. 6 e 7 del medesimo decreto, può rilevare ai fini dell’esonero dalla responsabilità amministrativa dell’ente, a fronte di reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio”. Di recente, M. ARBOTTI, *La responsabilità penale dell’appaltatore nel prisma del principio di colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 358. Sul concetto di violazione di carattere “macro-organizzativo”, S. DOVERE, *Precisazioni in tema di delega di funzioni*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente* (a cura di G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERINI, A. MELCHIONDA), Edizioni ETS, Pisa, 2015, 82.

⁴⁰ Tali certificazioni (es. UNI EN ISO 9001, UNI ISO 45001, UNI EN ISO 22001, UNI EN ISO 14001, UNI EN ISO 27001), che di per sé sole non bastano ad escludere la responsabilità dell’ente da reato *ex art. 25 septies* cit., possono tuttavia rafforzare il M.O.G. che le valorizzi, nella prospettiva di un’organizzazione aziendale virtuosa. Per inciso, si può ricordare come l’art. 30, comma 5, d. lgs. n. 81/2008, abbia introdotto una specifica presunzione di conformità: “In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti”. Per inciso, la OHSAS 18001:07 è stata ritirata il 30 settembre 2021 ed è stata di fatto sostituita dalla UNI ISO 45001:18 (cfr. *Linee di indirizzo per il monitoraggio e la valutazione del rischio della commissione dei reati relativi a salute e sicurezza sul lavoro di cui al 25 septies del d.lgs. 231/01*, Inail, 2023, 8).

⁴¹ Ciò sulla scorta dell’insegnamento per cui “l’obbligo di manutenzione dell’organizzazione è compito che residua al soggetto delegante quale conseguenza intrasferibile della titolarità originaria dei poteri”; con il corollario che “in quest’obbligo di manutenzione si radica anche l’ineliminabile potere-dovere di vigilanza sulla persistente adeguatezza della struttura organizzativa a disimpegnare efficacemente gli obblighi di sicurezza”; così A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2010, 190.

personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231” (come si ricava dal comma 1 dell’art. 30).

Orbene, che “il modello organizzativo” debba “altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello” significa che il modello deve prevedere anche procedure idonee a controllare “sé stesso”, ossia che il medesimo venga attuato, implementato ed aggiornato, senza trascurare eventuali criticità riscontrate in sede di esercizio delle funzioni di vigilanza⁴²: una logica tutta interna al modello ed alla sua concreta operatività.

Nello stesso tempo, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire la realizzazione di reati presupposto, e segnatamente dei reati richiamati dall’art. 25-*septies* d. lgs. n. 231/2001, non può non prevedere (e quindi disciplinare nelle relative procedure, come parte del tutto) un *sistema di vigilanza a più livelli* (con articolazioni più o meno complesse, a seconda delle caratteristiche del singolo ente), avente ad oggetto anche l’esercizio delle funzioni trasferite, onde verificare il corretto adempimento delle medesime⁴³.

Questa fisionomia che viene ad assumere il controllo sui compiti del delegato non può, peraltro, comportare una proliferazione delle posizioni di garanzia in capo ai vari soggetti coinvolti (si pensi, *in primis*, al componente o ai componenti dell’Organismo di Vigilanza)⁴⁴.

Al tempo stesso, il soggetto che deleghi correttamente, in un contesto in cui anche il M.O.G risulti altrettanto puntualmente strutturato ed adottato, nonché efficacemente attuato⁴⁵, deve essere considerato – almeno tendenzialmente – alla stregua di

⁴² V. p. es. F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell’obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all’art. 30 comma 4 T.U. n. 81/2008: punti di contatto e possibili frizioni*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente* (a cura di G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERINI, A. MELCHIONDA), Edizioni ETS, Pisa, 2015, 75.

⁴³ Per un’efficace sintesi, A. SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 128.

⁴⁴ Il tema è molto ampio e complesso, ma i limiti di spazio non consentono di svilupparlo in questa sede. Basti citare – per tutti e nel senso sostenuto nel testo – F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell’obbligo*, cit., 76 ss.

⁴⁵ È prudente avvertire, peraltro, che le conseguenze pratiche dell’adozione del modello nel “diritto vivente” non sono così facilmente prevedibili. Ai fattori di incertezza evidenziati nel testo (v. anche *infra*), altri se ne possono aggiungere. Non è del tutto chiara, per esempio, l’efficacia della c.d. asseverazione del modello da parte degli organismi paritetici, ex art. 51, comma 3 *bis*, d. lgs. n. 81/2008, ovvero se il delegante possa fare affidamento sul modello asseverato. Si rinvia, sul punto, ad A. DELOGU, *L’asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all’art. 30 del d.lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive*, in *Dir. sic. lav.*, 2018, 7 ss., ove si riconosce che l’asseverazione non è idonea a fondare alcuna presunzione di adempimento. Quindi, che in presenza di un modello di organizzazione e gestione asseverato si possa giungere all’effettivo esonero dalla responsabilità

un garante che ha assolto ai propri obblighi di sicurezza, anche con riferimento al controllo sulla condotta del delegato⁴⁶.

Pretendere di più significherebbe confinare il delegante per così dire “osservante” ad una situazione di incertezza difficile da accettare, tenuto conto che iniziative ulteriori, quali controlli a campione o, all’opposto, con pretese di sistematicità, non sono “candidabili” quali “comportamenti alternativi leciti”⁴⁷ e che incombe pur sempre la spada di Damocle rappresentata dal rischio di vedersi contestata una indebita attività di ingerenza nella sfera delle funzioni delegate, con conseguente venir meno dell’efficacia liberatoria della delega stessa⁴⁸.

Talora si tende a ridimensionare la portata del decreto correttivo sul punto⁴⁹, evidenziando come non si possa ricorrere a schemi di natura presuntiva per desumere la correttezza o meno dell’attività di vigilanza⁵⁰.

In effetti, il tenore letterale dell’art. 16, comma 3, secondo periodo, sotto il profilo della tecnica di formulazione, evoca una presunzione legale: l’obbligo di vigilanza “si intende assolto” in caso di adozione ed efficace attuazione del modello⁵¹.

Ebbene, di sicuro non può trovare ingresso una sorta di presunzione legale per così dire “assoluta” e *in malam partem*, per cui ai fini penali si dovrebbe appunto

amministrativa dell’ente ex d.lgs. n. 231/2001 e della responsabilità penale del datore di lavoro per aver adempiuto, ai sensi dell’art. 16, comma 3, cit. l’obbligo di vigilanza, dipende pur sempre – e comunque – dalla valutazione in sede giudiziale della affidabilità sia del modello, che dell’asseverazione. Anche il ricorso al principio di affidamento non pare risolutivo: cfr. A. SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 125 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti).

⁴⁶ Cfr. – oltre ai riferimenti citati altrove, con riguardo a più specifici aspetti – A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, cit., 183; N. MAZZACUVA-E. AMATI, *Diritto penale dell’economia*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, 33; M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, II ediz., Giappichelli, Torino, 2020, 73.

⁴⁷ V. *supra*.

⁴⁸ Per inciso, si può convenire con l’assunto secondo cui la “non ingerenza” non è requisito della delega, giacché riguarda “situazioni cronologicamente successive rispetto all’adozione di una delega valida ed efficace” (D’ALESSANDRO, voce *Delega di funzioni*, cit., 250).

⁴⁹ Ossia (art. 16, comma 3, cit.): *l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello* di verifica e controllo di cui all’art. 30, comma 4.

⁵⁰ F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 97: “Non può esistere una modalità di vigilanza presuntivamente corretta, né automaticamente errata”.

⁵¹ Il delegante deve adempiere al proprio residuo obbligo di vigilanza ricorrendo, nella sostanza, ad una forma di “autonormazione” che tenga conto della propria realtà imprenditoriale, predisponendo le procedure e i meccanismi necessari a vigilare e a individuare in modo tempestivo anche eventuali inadempienze del delegato. In argomento, per tutti, D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021, 133 ss.; V. B. MUSCATIELLO, *Il ruolo dell’autonormazione nel diritto penale della società del rischio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 311 ss.

“presumere *iuris et de iure*” che l’obbligo di vigilanza rimanga *inadempito* in caso di *mancata* adozione ed efficace attuazione del modello. Sotto questo aspetto, sembra del tutto condivisibile l’assunto secondo il quale “continuano a permanere varie possibili modalità di adempimento alternative dell’obbligo in capo al delegante, tutte accomunate dal fatto che costui è tenuto ad una condotta organizzativa diligente”⁵²; in senso contrario, non può essere fatta valere alcuna presunzione assoluta, ma neppure relativa (*iuris tantum* o *ad probationem*, salva prova contraria), giacché le regole probatorie applicabili sono quelle del processo penale, con i relativi oneri.

Diventa tuttavia difficile immaginare “modalità di adempimento alternative”, tenuto conto (i) della già menzionata inidoneità di verifiche a campione o sistematiche ad opera del delegante; (ii) del rischio di “sconfinare” in una vera e propria “ingerenza”; (iii) dell’esigenza di adottare un approccio integrato al fine di organizzare correttamente le funzioni di controllo in ambito aziendale. D’altronde, si precisa che è certamente idonea una verifica “disciplinata da procedure, con l’intervento di personale dedicato ed oneri di documentazione analitica delle attività compiute”⁵³: il che richiama protocolli e procedure che è buona regola recepire nel modello organizzativo, per le ragioni anzidette.

Posto ciò, anche l’affermazione secondo la quale non può esistere nemmeno una modalità di vigilanza “presuntivamente corretta” coglie nel segno, laddove sottolinea che la valutazione in merito al puntuale adempimento o meno, in concreto, dell’obbligo di vigilanza spetta al giudice, e non al legislatore.

Tuttavia, il legislatore è libero di indicare, anche in funzione di certezza, un percorso da seguire per chi voglia adempiere correttamente all’obbligo di vigilanza, salvo poi trovare il modo più consono di inquadrare, anche dal punto di vista dogmatico, lo strumento allo scopo allestito.

Così come i requisiti della delega di funzioni sono previsti dalla legge (fermo restando il potere-dovere di verificare se dal punto di vista sostanziale essi risultino o meno soddisfatti, senza essere vincolati a presunzioni legali pregiudizievoli), così anche

⁵² F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 97. In proposito si evidenzia che “qualora il datore di lavoro si limiti ad allestire un adeguato apparato di controllo (...) ma senza perfezionare tutti gli adempimenti necessari ad integrare un vero e proprio modello organizzativo, l’esenzione da responsabilità per il delitto di omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime realizzato dal delegato potrà aversi solo nei confronti della persona fisica del delegante e non anche nei riguardi dell’ente”: così F. BELLAGAMBA, *Adempimento dell’obbligo di vigilanza*, cit., 75. In merito alla più ampia cornice del *favor rei* o *favor libertatis*, A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, 256.

⁵³ F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 97.

le modalità del comportamento doveroso – in adempimento dell’obbligo residuo di vigilanza sull’operato del delegato – si trovano descritte nell’art. 16, comma 3, cit. e nelle altre disposizioni cui il medesimo rinvia. Resta salva la possibilità di scegliere una via alternativa, che risulti almeno altrettanto valida, e soprattutto rimane ferma – ovviamente al di fuori di ogni schema presuntivo – la valutazione discrezionale del magistrato (in prima battuta, del pubblico ministero) circa l’idoneità del modello organizzativo e l’efficace attuazione del medesimo nel *tempus commissi delicti*. Del resto, il M.O.G. – rivolto per sua stessa natura alla prevenzione del reato presupposto – è permeato dalla nozione di vigilanza, articolata in maniera talmente ampia e diffusa da prevedere anche forme di “controllo sul sistema di controllo”, e dunque suscettibile di fornire copertura al dovere di vigilare sui compiti oggetto di deleghe di funzioni⁵⁴.

In conclusione, pertanto, se la delega è corretta e se il M.O.G. si rivela ben realizzato, adottato ed efficacemente attuato, non dovrebbe essere configurabile in capo al delegante una condotta colposa tipica per inosservanza del dovere di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite.

Viceversa, c’è il rischio che, sottolineando come la previsione di cui all’art. 16, comma 3, cit. non possa sottendere nemmeno una presunzione *in bonam partem* di adempimento dell’obbligo di sorveglianza da parte del delegante (essendo idonea, al più, a “predefinire” l’oggetto del processo a carico del delegante)⁵⁵, si costringa anche il più ligio dei deleganti a subire, quantomeno, un processo, anche nei casi in cui l’osservanza dell’obbligo di vigilanza – mediante la realizzazione del comportamento doveroso espressamente previsto dalla legge – potrebbe essere verificata molto prima, addirittura evitando l’iscrizione del nominativo del datore di lavoro delegante nel registro delle notizie di reato o perlomeno giungendo ad un’archiviazione.

9. Una sintesi finale delle prospettive *de iure condendo*

Siccome il punto toccato nella parte conclusiva del paragrafo che precede rimane controverso, a distanza di quindici anni dal “decreto correttivo” del 2009, potrebbe

⁵⁴ Basti richiamare, in estrema sintesi, il disposto degli artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001, nonché dell’art. 30 d. lgs. n. 81/2008.

⁵⁵ Così F. CONSULICH, *Manuale*, cit., 98 (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti di dottrina in senso conforme): di conseguenza, l’oggetto dell’accertamento processuale si circoscrive, in funzione dell’esigenza di “comprendere l’esistenza di un nesso tra le caratteristiche specifiche del modello adottato e una falla nella vigilanza del garante primario su quello derivato, in relazione al fatto per come si è realizzato”.

non risultare peregrino un nuovo intervento del legislatore, diretto a meglio esplicitare che – fuori dei casi di colpa con previsione dell’evento⁵⁶ – il delegante non è punibile con riferimento ai delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, qualora la delega sia correttamente operata e risulti adottato, nonché efficacemente attuato, il modello di organizzazione e di gestione di cui al d. lgs. n. 231/2001 e all’art. 30, comma 4, d.lgs. n. 81/2008.

In ogni caso, è evidente lo stretto collegamento tra le problematiche in tema di deleghe e di *culpa in vigilando*, da un lato, e, dall’altro, l’introduzione nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell’ente dell’omicidio colposo e delle lesioni personali colpose gravi e gravissime in violazione delle norme in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro (art. 25 *septies* d. lgs. n. 231/2001): sicché l’adozione e l’efficace attuazione del modello potrebbe escludere sia la responsabilità della *societas* da reato, sia la responsabilità della persona fisica “delegante”⁵⁷.

Ciò sposta il discorso sulla verifica circa la sussistenza o meno di una colpa di organizzazione, anche per quanto riguarda la responsabilità individuale del delegante.

Il rischio da evitare, sul piano giuridico, è che l’evento-infortunio si trasformi in una sorta di condizione obiettiva di punibilità, a fronte di una mera condotta negligente sul piano organizzativo.

Ma, al tempo stesso, il delegante non si può neppure limitare al corretto adempimento dell’obbligo di vigilanza inteso in senso stretto, cioè come mero controllo del comportamento del delegato. La vigilanza, infatti, può fare emergere specifiche situazioni di pericolo concreto, che – proprio grazie a un sistema di *compliance* efficiente – vengono portate a conoscenza del datore di lavoro/delegante.

A questo punto, il soggetto di vertice deve attivarsi in maniera tempestiva, adottando direttamente le misure necessarie ad eliminare quel pericolo o impartendo ai soggetti deputati le disposizioni più idonee allo scopo. Il versante dell’intervento doveroso del delegante può essere comunque ricompreso in un concetto lato di sorveglianza, in relazione al quale l’obbligo di attivarsi, pur sempre rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, scatta nel momento in cui si concretizza l’*output* del controllo, organizzato grazie al modello gestionale.

De iure condendo, quindi, potrebbe essere opportuno limitare la responsabilità

⁵⁶ Su questo aspetto, v. *infra*.

⁵⁷ Peraltro, la prassi evidenzia come il quadro possa rivelarsi molto più articolato; vedasi, p. es., G. GAROFALO, *Dalla ‘culpa in vigilando’ alla ‘colpa di organizzazione’ e ritorno: corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità ex crimine dell’ente*, nota a Cass., Sez. IV, sent. 27 novembre 2019 (dep. 9 dicembre 2019), n. 49775, Pres. Menichetti, Rel. Pavich, in *Sist. pen.*, n. 6/2020, 29 ss.

(omissiva) del delegante in relazione alla eventuale “seconda fase” di cui si è detto, ai soli casi di colpa cosciente o di colpa aggravata dalla previsione dell’evento, giacché se si ritenesse bastevole la mera prevedibilità si rischierebbe di reintrodurre non trascurabili fattori di incertezza all’interno della disciplina della *culpa in vigilando* considerata nel suo complesso. Al contrario, nelle ipotesi in cui il “segnale d’allarme” sia noto (o debba reputarsi tale a fronte di una formale comunicazione, *et similia*), la colpa cosciente rappresenta il riflesso per così dire naturale sul versante psicologico, salvi naturalmente i casi in cui si possa addirittura ravvisare un coefficiente di dolo eventuale⁵⁸.

Last but not least, occorre ricordare come ci si interroghi – proprio in un’ottica di riforma e nella prospettiva delle fattispecie colpose di evento – circa l’opportunità di differenziare la colpevolezza della persona fisica e quella dell’ente, onde garantirne la reciproca autonomia in caso di inosservanza delle cautele previste nel M.O.G.

In particolare, si evidenzia come, in seguito all’introduzione dell’art. 25-*septies* nel d. lgs. n. 231/2001, le esigenze in materia di salute e sicurezza del lavoro possono essere adeguatamente soddisfatte, in via prioritaria, proprio attraverso la previsione della responsabilità dell’ente. Di conseguenza, in luogo dell’attuale sovrapposibilità dei profili di colpa di organizzazione (a prescindere dalla dimensione individuale o collettiva), sarebbe opportuno richiedere *de lege ferenda* un accertamento più rigoroso della colpevolezza della persona fisica, e dunque una sorta di *quid pluris* rispetto alla “colpevolezza di organizzazione”; tale scopo potrebbe essere raggiunto valorizzando adeguatamente la misura soggettiva della colpa⁵⁹.

⁵⁸ Ciò si ricollega al dibattito attuale sulla valenza della “presunzione” di adempimento dell’obbligo di vigilanza in caso di adozione ed efficace attuazione di un valido modello organizzativo (v. *supra*). Si sottolinea infatti che, qualora il delegante abbia *conoscenza diretta* di violazioni colpevoli del delegato (che quindi possano comportare un pericolo per la sicurezza), questi si espone a responsabilità nel caso in cui si mantenga colpevolmente inerte: cfr. A. SCARCELLA, *La delega di funzioni*, cit., 128; v. anche V. MONGILLO, *La delega di funzioni*, cit., p. 97; C. PAONESSA, *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente* (a cura di G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERINI, A. MELCHIONDA), Edizioni ETS, Pisa, 2015, 59, laddove si precisa, in tema di “intervento sostitutivo del delegante”, che tale obbligo del datore di lavoro “consegue dalla effettiva conoscenza di fatti pregiudizievoli per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori in azienda”. In altri termini, l’*effettiva conoscenza* in capo al delegante di situazioni di pericolo derivanti dal non corretto adempimento dei compiti delegati può derivare sia dal *report* prodotto dal sistema di vigilanza interno, sia da altri canali, ma il “cerchio” si deve comunque chiudere con l’intervento correttivo del vertice.

⁵⁹ F. PALAZZO, *Morti da amianto e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 185 ss.: “in prospettiva di riforma non sarebbe improvido ipotizzare un’accentuazione dell’autonomia della responsabilità dell’ente rispetto a quella della persona fisica, in modo da vincere così le eventuali resistenze, che potrebbero dissuadere da un accertamento più rigoroso della misura soggettiva della colpa in nome della

Anche su questa specifica tematica gli spazi di riflessione sono aperti e paiono senz'altro meritevoli di approfondimento, tenuto conto che anche sul versante della colpevolezza dell'ente si sottolinea l'esigenza di valorizzare i coefficienti di rimproverabilità soggettiva del fatto⁶⁰.

Ritornando ad uno scenario più ampio, infine, le più analitiche considerazioni che precedono si inseriscono in un quadro prasseologico attuale in cui sovente – in vicende tanto tragiche quanto complesse – è ancor più complicato individuare i soggetti responsabili, in via diretta o delegata, che non ricostruire le cause del sinistro. Sotto questo aspetto, non aiuta neppure – come da decenni ormai si sottolinea – l'eccessiva ampiezza dei contenuti delle norme di parte generale dettate dagli 110, 113 e 40 cpv. c.p., a maggior ragione laddove combinate tra loro.

Ecco, su questi aspetti potrebbe intervenire il legislatore, anche ponendo mano – finalmente – alla riforma del codice penale. Nel frattempo, è il diritto vivente ad essere chiamato alla ricerca di soluzioni più certe ed appaganti, giocando di nuovo – come in passato – in anticipo rispetto al formante legale.

necessità di 'non perdere' la responsabilità dell'ente. E d'altronde una più marcata autonomia tra responsabilità dell'ente e responsabilità della persona fisica non sarebbe incongrua proprio nell'area dell'illecito colposo, posta la accentuata diversità che è dato di intravedere tra la colpa collettiva e la colpa individuale".

⁶⁰ Così N. PISANI, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, cit., 246-247; "non si può comunque fare a meno di un coefficiente di rimproverabilità del fatto (anche) all'ente", sicché "anche in prospettiva *de iure condendo*, emerge con estrema nitidezza l'importanza di ripensare al sistema assegnando centralità a criteri di imputazione che esprimano un giudizio di disvalore sulla volontà collettiva dell'ente (attuale o potenziale) in rapporto al reato oggetto di ascrizione, e che diano adeguato risalto alla concreta possibilità del formarsi e attuarsi di decisioni riferibili alla persona giuridica, nella materia della sicurezza del lavoro".

ABSTRACT

Il saggio ambisce a dare una panoramica sulla fisionomia della delega di funzioni di cui all'art. 16 del d.lgs. 81 del 2008, in relazione al concetto di "culpa in vigilando" nella prospettiva della responsabilità datoriale. In particolare, il nodo centrale è l'analisi in merito ad una precisa individuazione del comportamento alternativo lecito del delegante, in capo al quale permane sempre un residuo dovere di vigilanza. In assenza di un perimetro certo del contegno doveroso, il rischio è che il datore di lavoro venga ritenuto perseguibile in ragione della mera posizione da questi ricoperta. Di qui la necessità di un intervento di restyling del legislatore, allo scopo di chiarire definitivamente che il datore di lavoro/delegante non è punibile per lesioni personali colpose ed omicidio colposo nel caso in cui la delega sia stata correttamente conferita e risultati adottato, ed efficacemente attuato, il modello di organizzazione e gestione di cui al d.lgs. n. 231/2001 e all'art. 30, comma 4 del d.lgs. n. 81/2008.

PAROLE CHIAVE

Delega di funzioni – culpa in vigilando – responsabilità datoriale – comportamento alternativo lecito – modelli organizzativi

* * *

Delegation of functions and culpa in vigilando from the perspective of workplace safety

ABSTRACT

The essay aims to provide an overview of the delegation of functions under art. 16 of Legislative Decree n. 81 of 2008, in relation to the concept of "culpa in vigilando" from the perspective of employer liability. In particular, the main issue is the analysis of a precise identification of the lawful alternative behavior of the delegating party, who always retains a residual duty of supervision. In the absence of a clear framework of required conduct, there is a risk that the employers may be held liable solely because of the position they hold. Hence, there is a need for a restyling by the legislator, for the purpose of definitely clarifying that the employer/delegating party cannot be held liable for negligent personal injury and manslaughter when the delegation has been correctly conferred and the organization and management model provided for in Legislative Decree n. 231 of 2001 and art. 30, par. 4 of Legislative Decree n. 81 of 2008 has been adopted and effectively implemented.

KEYWORDS

Delegation of functions – culpa in vigilando – employer liability – alternative lawful behavior – compliance programs