

LA DELEGA DI FUNZIONI

di Edvina Ciccarelli

SOMMARIO: 1. *Ratio* e ambito di applicazione. 2. Delega e responsabilità penale. 3. Requisiti di validità elaborati dalla giurisprudenza. 4. La delega ha efficacia liberatoria? 4.1. Le risposte della dottrina. 4.2. Le soluzioni della giurisprudenza. 5. L'operato del legislatore. 5.1. L'art. 16 del d.lgs. 09/04/2008 n. 81. 5.2. Le integrazioni apportate all'art. 16 dal D.lgs. 3/08/2009, n. 106: la subdelega. 6. Dubbi interpretativi e questioni ancora aperte.

1. *Ratio e ambito di applicazione*

Istituto di creazione dottrinale e giurisprudenziale, la delega di funzioni costituisce un importante strumento di organizzazione aziendale che consente di allocare, in corrispondenza del soggetto sul quale gravano effettivamente decisioni e poteri di spesa, le responsabilità giuridiche derivanti dagli infortuni sui luoghi di lavoro.

La delega trova la sua *ratio* nella necessità di individuare quelle situazioni in cui un soggetto, titolare di determinate posizioni di garanzia trasferisce ad altri soggetti i propri doveri-poteri di garanzia e di controllo, attuando così una "*delega delle proprie funzioni*".

Gli effetti soggettivi della delega fanno sì che il delegante (o garante originario), offrendo la prova di avere adempiuto i propri doveri di diligenza e di osservanza della legge, trasferisca la propria responsabilità sul delegato. Il delegato, a sua volta, assumendo in prima persona gli obblighi originariamente in capo al delegante, affronta il rischio di un eventuale attribuzione di responsabilità.

I campi di maggiore applicazione della delega di funzioni si riferiscono alla

"normativa antinfortunistica" in materia di lavoro e alla "normativa antinquinamento".

In materia di sicurezza sul lavoro la delega di funzioni ha avuto un primo ed indiretto riconoscimento con il D.lgs. 19/09/1994, n. 626 (come modificato dal D.lgs. 19/03/1996, n. 242), laddove all'art. 4, co. 1,2,4, lett. a) e 11 primo periodo, prevede che alcuni poteri sono indelegabili, in quanto ontologicamente e strutturalmente connessi alla funzione del datore di lavoro, quali, ad esempio, la valutazione dei rischi e la predisposizione delle misure per la tutela della sicurezza. Ne deriva, a contrario, l'esistenza di altri poteri che, invece sono delegabili.

Il destinatario degli obblighi posti dalla normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro è il datore di lavoro, il quale però difficilmente ricopre la figura dell'imprenditore *factotum*, in grado di occuparsi di tutti gli aspetti relativi ad una organizzazione di impresa sempre più complessa, che richiede specifiche competenze per adempiere alle molteplici incombenze previste dalla vigente normativa. E' per questa ragione che nasce l'esigenza nelle organizzazioni aziendali c.d. "complesse", di delegare a determinati soggetti (dirigenti o preposti) facenti parte dell'organigramma aziendale, alcuni poteri e, di conseguenza, alcune responsabilità, relative a settori di gestione dell'azienda, tra cui l'organizzazione e la predisposizione dei presidi in attuazione delle norme sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Essendo una delega di poteri, con importanti implicazioni a livello di responsabilità anche penale, è necessario che essa abbia determinate caratteristiche formali e contenutistiche, che sono state elaborate dalla giurisprudenza.

2. *Delega e responsabilità penale*

Laddove vengano in gioco profili di responsabilità penale, occorre verificare quali effetti possa avere nei confronti dei soggetti coinvolti la divisione dei compiti e delle competenze operata all'interno dell'azienda, considerando che il legislatore ha previsto in questa materia quasi esclusivamente reati propri, che richiedono nel soggetto agente la qualifica di "imprenditore" o di "datore di lavoro".

Il problema si pone sotto un duplice profilo: da una parte bisogna evitare la generale impunità per illeciti spesso anche di notevole gravità ed impatto sociale; dall'altra è necessario salvaguardare il fondamentale principio della personalità della responsabilità penale.

E' pertanto indispensabile chiarire in quale misura operi in questo ambito la delega di funzioni.

A tal fine l'interprete deve individuare i soggetti responsabili a seguito dell'attribuzione di delega e le conseguenze che una valida delega comporta nei confronti del delegante e del delegato. Entrambe le indagini presuppongono l'identificazione del soggetto destinatario del precetto penale in quanto garante *ex lege*.

3. *Requisiti di validità elaborati dalla giurisprudenza*

Pur non avendo origine normativa l'istituto della delega di funzioni è stato elaborato in ossequio al precetto costituzionale della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.).

Per costruire una figura dogmaticamente compiuta occorre fare riferimento alle condizioni di validità individuate dalla giurisprudenza, considerando che la ammissibilità della delega di funzioni determina una dilatazione, piuttosto che un restringimento, del numero dei soggetti chiamati ad adempiere agli obblighi imposti per la tutela degli interessi primari protetti.

Le singole situazioni di volta in volta individuate hanno consentito alla giurisprudenza di elaborare le condizioni minime di validità e di operatività della delega, nonché i presupposti legittimanti il trasferimento di responsabilità penali:

- trasferibilità delle funzioni che si intendono attribuire al delegato;
- volontà traslativa del garante originario;
- conferimento esplicito ed inequivoco, con contenuto chiaro;
- accettazione da parte del delegato;
- specificità dei compiti delegati;
- il conferimento a favore di soggetto professionalmente idoneo;
- autonomia organizzativa, decisionale e di spesa del delegato;
- divieto di ingerenza del delegante nelle decisioni del delegato, riemergendo in caso contrario la diretta responsabilità del delegante;
- sussistenza di un sistema con cui il delegante controlli l'attività del delegato per non incorrere in responsabilità per *culpa in vigilando*.

In adesione al principio che l'inerzia colpevole nei reati contravvenzionali omissivi (che in ambito antinfortunistico costituiscono la maggior parte dei reati) va commisurata con il criterio del consenso, l'inerzia rispetto al dovere di attivazione imposto dalla legge deve affiancarsi non la conoscenza effettiva, bensì la mera conoscibilità, intesa quale potere-dovere di conoscere una situazione della quale si ha l'obbligo di conoscenza.

Il mancato esercizio dell'obbligo di vigilanza da parte del vertice aziendale deve essere commisurato con una valutazione *ex ante*, trovando un proprio limite nel principio di esigibilità.

Secondo questa interpretazione sarà esente da responsabilità penale solo l'imprenditore che, una volta approntate tutte le misure antinfortunistiche richieste (o dopo avere fornito mezzi e poteri per approntarle), abbia delegato un preposto tecnicamente capace alla organizzazione e all'espletamento, che abbia accettato l'incarico e che sia dotato di idonei poteri determinativi e direzionali al riguardo e

sempre che il predetto datore di lavoro non si esima dall'obbligo di sorveglianza.

Il rispetto di tutto quanto sopra andrà, ovviamente, valutato tenendo conto delle connotazioni del caso concreto, tra cui dimensioni dell'organizzazione, peculiarità della fattispecie, concorso di fattori esterni.

4. La delega ha efficacia liberatoria?

4.1. Le risposte della dottrina

Spesso fonte di responsabilità penale è l'art. 40, co. 2, c.p., norma che afferma l'equivalenza tra l'evento lesivo cagionato direttamente e l'evento non impedito dal destinatario di un obbligo giuridico di garanzia.

Poiché il reato omissivo improprio in ambito antinfortunistico si configura quale reato proprio, la delega di funzioni realizza uno iato tra la specifica qualifica di garante e l'esercizio in concreto delle funzioni aventi rilievo penale.

Si deve verificare, pertanto, se il soggetto attivo del reato sia il soggetto in possesso *ab origine* della particolare qualifica formale richiesta dalla norma incriminatrice, oppure se possa qualificarsi come autore colui che esercita "di fatto" i medesimi poteri. Si deve riscontrare, inoltre, se in capo al delegante permanga una qualche responsabilità e se, per contro, il delegato veda variata la propria qualifica divenendo soggetto attivo nel reato proprio.

La risposta a questi interrogativi muta a seconda dell'impostazione dogmatica accolta e dipende dalla differente concezione di reato proprio.

Le principali impostazioni rinvenibili in dottrina sono riconducibili alla teoria formalista o soggettiva e alla teoria funzionalista.

Da un punto di vista formalistico la delega non potrebbe avere alcuna effettiva rilevanza, giacché la norma chiama a rispondere del reato solo chi ricopra nell'impresa (o nell'ente) una posizione che lo qualifichi come "imprenditore" o "amministratore" o, secondo altri, chi ne

sia "legale rappresentante" ai sensi della normativa extrapenale.

Ma questi criteri sono stati respinti sia in dottrina che in giurisprudenza, poiché determinerebbero una inammissibile "responsabilità per posizione" ed allora, mutando prospettiva, l'attenzione si è concentrata sulle mansioni effettivamente svolte, anche a prescindere da una delega formale.

Si è così sostenuto che debba rispondere dell'illecito colui che si trova nella posizione giuridica o di fatto di ledere o porre in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, a prescindere dalla qualifica ricoperta o dalla mancanza di una formale suddivisione di compiti all'interno dell'azienda, risultando piuttosto decisivo l'effettivo esercizio dei poteri e l'assunzione degli obblighi che si accompagnano normalmente alla qualifica extrapenale di riferimento.

Tuttavia non mancano le critiche mosse a questa teoria, che interpreta le fattispecie di reato proprio, contravvenendo al principio di tassatività. Senza contare che ne deriverebbe una concentrazione verso il basso della responsabilità, ponendola in capo all'ultimo terminale delle strategie aziendali, ossia al mero esecutore.

Una terza tesi, allora, mediando tra le prime due, addebita la responsabilità a colui che, nella struttura dell'ente, sulla base delle norme di organizzazione, risulta titolare di poteri sufficienti (non in modo soltanto formale) a garantire l'osservanza delle norme penali.

Nell'ambito di questa teoria, condivisa da buona parte della dottrina e della giurisprudenza, può trovare spazio la delega di funzioni, distinguendosi tuttavia tra fattispecie commissive e fattispecie omissive.

E' infatti soprattutto per queste ultime, per lo più reati propri, sanzionanti l'inadempimento di un obbligo di *facere* gravante specificamente sul soggetto qualificato, che si pone il problema dell'efficacia della delega di funzioni. Occorre risalire alla divisione interna dei poteri per farne discendere la ripartizione

delle responsabilità, ricordando che la responsabilità del titolare dell'azienda non è esclusa, pur in presenza di una valida delega, qualora le deficienze siano dovute a cause strutturali (es. carenza o insufficienza della capacità di spesa).

4.2. Le soluzioni della giurisprudenza

La giurisprudenza si è occupata anzitutto dell'ammissibilità della delega in conformità a determinati requisiti e dell'individuazione dei garanti.

Seppur non unanimemente, ha abbandonato l'impostazione formalistica pura, prendendo atto dell'utilità pratica del conferimento della delega e della tendenza ad ammettere la creazione di garanti secondari attraverso atti di autonomia privata.

A volte si è spinto sino ad attribuire rilievo al mero esercizio fattuale dei compiti propri di talune qualifiche, individuando i destinatari degli obblighi di prevenzione e protezione attraverso la verifica delle mansioni disimpegnate in concreto.

I recenti orientamenti giurisprudenziali, nel ribadire tale pensiero, hanno ammesso l'esercizio in concreto delle funzioni dirigenziali, a prescindere dalla qualifica formale rivestita all'interno della struttura.

Il legislatore sembra aver recepito il citato orientamento, prevedendo all'art. 299 del D.lgs. 81/2008 l'esercizio di fatto di poteri direttivi.

Tuttavia, al fine di evitare dilatazioni del principio di effettività, sino alla estensione analogica della base normativa della responsabilità penale, sembra opportuno interpretare tale disposizione in modo da tenere conto del dato "formale" delle scelte interne di ciascuna struttura complessa. Tale interpretazione sembra corroborata dalla lettera dell'art. 299 del nuovo T.U., la quale estende la posizione di garanzia ai soggetti "sprovvisi di regolare investitura", lasciando intendere che le mansioni devono comunque conseguire da norme interne approvate dagli organi sovraordinati.

Riguardo all'efficacia della delega, la Suprema Corte non ha preso posizione e, da tempo, si alternano due orientamenti.

In alcuni casi prevale l'impostazione funzionalista, prevedendo il trasferimento della posizione di garanzia dal garante originario al delegato, con la conseguente efficacia liberatoria del delegante da ogni responsabilità penale. La medesima giurisprudenza, tuttavia, ravvisa la responsabilità dell'imprenditore, per *culpa in vigilando*, qualora non si attivi nonostante il delegato abbia richiesto un suo intervento.

La giurisprudenza più recente, invece, sembra ricalcare la tesi intermedia laddove ritiene che in capo al delegante permangono poteri impeditivi, in ragione della posizione di garanzia originaria mutata in obbligo di vigilanza e di controllo del delegato.

L'orientamento da ultimo citato non sembra trovare smentita nel testo dell'art. 16 del T.U. sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ove si afferma 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*".

5. L'operato del legislatore

5.1. L'art. 16 del D.lgs. 09/04/2008 n. 81

La recente legislazione in materia antinfortunistica (D.lgs. 81/2008) ha espressamente introdotto l'istituto della "delega di funzioni" all'art. 16, stabilendo che "*La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: a) che essa risulti da atto scritto recante data certa; b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa*

necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità” (cfr. art. 16 co. 1 e 2).

La necessità espressa della forma scritta ha legislativamente “corretto” quell’orientamento giurisprudenziale¹ secondo il quale l’operatività della delega poteva prescindere dalla forma scritta e dalla idoneità tecnica del delegato.

Tuttavia, la novella legislativa del 2008 ha cristallizzato solo alcuni presupposti di operatività della delega di funzioni, per cui ci si chiede se rimangano fermi gli ulteriori requisiti, costantemente richiesti dalla giurisprudenza. Uno di questi è la concessione di una adeguata autonomia gestionale, finanziaria ed operativa.

Anche prima del D.lgs. n. 81/08 la Cassazione affermava che “è necessario verificare in concreto che il delegato abbia effettivi poteri di decisione e di spesa in ordine alla messa in sicurezza dell’ambiente di lavoro: e ciò anche indipendentemente dal contenuto formale della nomina”².

Pertanto, dovrebbero esigersi gli ulteriori requisiti quali l’accettazione del delegato (in caso contrario, infatti, il delegante otterrebbe l’esonero delle proprie responsabilità penali ad insaputa del delegato); la specificità, non essendo accettabile una delega eccessivamente generica; la non ingerenza o interferenza da parte del delegante; l’esistenza di una impresa o di una struttura dalle dimensioni notevoli o comunque complessa (in caso contrario, la delega di funzioni consentirebbe al delegante illeciti o precostituiti trasferimenti di responsabilità penale).

La previsione normativa dell’istituto della delega, oltre a richiederne i requisiti “minimi” prevede limiti idonei a controllare l’esecuzione dei poteri e delle funzioni delegate. Il comma 3 dell’art. 16 cit. 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, co. 4 dello stesso decreto, per cui il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa (di cui al D.lgs. 08/06/2001, n. 231) deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi.

La giurisprudenza precedente al T.U. ha spesso ammesso che il datore di lavoro che abbia “delegato” a terzi (dirigenti o preposti) alcuni compiti antinfortunistici - tra quelli delegabili - è comunque tenuto a vigilare e a controllare che il delegato usi concretamente la delega secondo quanto la legge prescrive³.

Tuttavia, ha progressivamente cercato di delimitare il ricorso alla c.d. *culpa in vigilando* del datore di lavoro, ritenendo che qualora il soggetto di vertice abbia adempiuto ai doveri primari imposti dalla sua posizione, strutturando l’organizzazione in modo idoneo alla salvaguardia dei beni penalmente tutelati, non è neppure consentito il giudizio di colpevolezza sotto il profilo della *culpa in vigilando*. Diversamente, qualora, invece il soggetto di vertice dell’impresa fosse stato informato dal delegato di carenze e disfunzioni del sistema di sicurezza, alle quali quest’ultimo non potesse porre rimedio con gli strumenti messi a disposizione dal primo, ovvero allorché il primo fosse a conoscenza di inadempienze del secondo, non potrà che aversi il mantenimento in capo al datore di lavoro della originaria posizione di garanzia e l’assunzione in proprio di responsabilità nella eventualità di un comportamento omissivo.

¹ Cass. pen. Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931; Cass. pen. Sez. III, 13 marzo 2003, n. 521; Cass. pen. Sez. IV, 07 febbraio 2007, n. 12800.

² Cass. pen. Sez. IV, 24 settembre 2007 n. 47136.

³ Cass. pen. Sez. V 22 novembre 2006, n. 38425; id. Cass. pen. Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 3612; *contra* Cass. pen. Sez. II, 3 agosto 2000, n. 8978; id., Cass. pen. Sez. II, 22 agosto 2000, n. 9378.

5.2. *Le integrazioni apportate all'art. 16 dal d.lgs. 3/08/2009, n. 106: la subdelega*

L'ultima novità legislativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (D.lgs. 106/2009) introduce disposizioni integrative e correttive del T.U. 81/2008.

Il secondo periodo del comma 3, dell'articolo 16, è sostituito nel modo seguente: *“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, allo stesso articolo è aggiunto il *comma 3-bis*, che prevede espressamente la subdelega.

Con la modifica introdotta dal comma 3-bis dell'art. 16, viene meno un principio consolidato tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, ossia il divieto della subdelega di funzioni in materia di sicurezza, finalizzato a impedire pericolosi slittamenti verso il basso della penale responsabilità antinfortunistica (principio del *c.d. delegatus delegare non potest*).

Così formulato il divieto di subdelega di funzioni antinfortunistiche aveva trovato piena conferma nell'art. 16 del D.lgs. 81/2008, nel quale si sanciva che solo il datore di lavoro può ricorrere all'istituto della delega di funzioni.

Sulla base della prevalente lettura interpretativa, tesa ad individuare nell'unico delegato l'*alter ego* del datore di lavoro, la subdelega ha l'evidente proposito di ampliare il novero dei soggetti responsabili dell'attuazione delle precauzioni di sicurezza, anche al fine di evitare deleghe troppo ampie, più virtuali che reali.

In realtà, non si tratta di due tipi di deleghe, ossia di *“delega di primo e di secondo livello”*: il decreto correttivo sancisce che *“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”*.

Posto che il soggetto delegato *può* e *non deve*, *“a sua volta, delegare specifiche*

funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro”, la subdelega si configura quale facoltà condizionata e non quale dovere. Poiché, poi, la delega di funzioni promana soltanto dal datore di lavoro, la facoltà, condizionata del soggetto delegato, di subdelegare, potrà essere esercitata soltanto *“previa intesa con il datore di lavoro”*.

Attribuendo a quest'ultima locuzione un significato autorizzativo, ne consegue che senza l'antecedente attribuzione da parte del datore di lavoro al soggetto delegato del potere di delegare, questi non potrà provvedervi autonomamente.

Pertanto, una subdelega carente dell'autorizzazione del datore di lavoro sarebbe inefficace e, quindi, improduttiva di qualsivoglia effetto traslativo della responsabilità.

Anche se in base ad una precedente *“intesa con il datore di lavoro”* la subdelega di specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, dovrà avvenire *“alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2”* dell'art. 16.

Il secondo periodo del comma 3-bis, sancisce, inoltre, che *“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 riferimento alla *“delega di funzioni di cui al primo periodo”*, pone chiaramente l'obbligo di vigilanza *“in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite”* in capo al subdelegante e non in capo al datore di lavoro.

Poiché, però, in base al comma 3, *“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”* e, come già detto, in base al comma 3-bis, la subdelega di funzioni *“non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite”*, si può concludere che, in caso di subdelega, il datore di lavoro non potrà che vigilare sul delegato, controllando che questi vigili, a sua volta, sul subdelegato.

Proprio in considerazione della necessaria reciproca dipendenza dei controlli, nonostante il silenzio del secondo periodo del comma 3-bis, e nonostante lo specifico riferimento del comma 3, primo periodo, alla vigilanza del datore di lavoro nei confronti del delegato, si può ritenere che anche l'obbligo di vigilanza del subdelegante nei confronti del subdelegato "si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4", nei termini precedentemente prospettati.

L'ultimo periodo del comma 3-bis, prevede che "il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate".

Al fine di porre un limite alla potenzialmente ininterrotta traslazione della responsabilità antinfortunistica, viene sancito che il soggetto al quale sia stata conferita la subdelega non possa, a sua volta, delegare ulteriormente le funzioni delegate.

In questo modo, la subdelega evita di costituire un'inammissibile strumento di deresponsabilizzazione "a catena" dei vertici aziendali e di sistematico scarico verso il basso della gerarchia organizzativo-produttiva, degli adempimenti e delle conseguenze sanzionatorie degli inadempimenti, relativi alle misure di sicurezza e salute sul lavoro.

6. Dubbi interpretativi e questioni ancora aperte

La formulazione dell'art. 16 D.lgs. 81/2008 pone alcuni dubbi interpretativi in relazione ai requisiti richiesti per la delega:

1) *Le notevoli dimensioni dell'impresa.*

L'orientamento tradizionale riferisce la delega ad imprese di rilevanti dimensioni ove l'imprenditore è impossibilitato ad intervenire direttamente per far fronte ad ogni situazione pregiudizievole.

Altro orientamento focalizza l'attenzione sull'elemento della complessità dell'organizzazione, poiché l'idea di impresa di rilevanti dimensioni è

poco conforme alla realtà imprenditoriale esistente e alla problematica delle conoscenze tecniche, sovente non possedute dal titolare anche in contesti produttivi di piccole dimensioni. In realtà, attribuendo rilevanza non al mero dato quantitativo, bensì al profilo della difficoltà degli adempimenti che competono al datore di lavoro, più di una sentenza della Suprema Corte ha precisato che la dimensione dell'azienda non rappresenta un elemento intrinsecamente necessario per trasferire attribuzioni e le connesse responsabilità penali⁴.

Visto che il legislatore non si è occupato di questo profilo neppure nel T.U. del 2008, sembra logico ritenere che la delega di funzioni possa trovare applicazione anche in contesti produttivi di dimensioni non rilevanti, ma solo strutturalmente complessi.

2) *L'atto scritto recante data certa e l'adeguata e tempestiva pubblicità.*

In giurisprudenza non si sono registrate posizioni univoche.

Un primo orientamento ritiene che l'atto di delega debba essere espresso, inequivoco e certo, per consentire la verifica dei poteri attribuiti e dei relativi limiti.

Ad avviso di altra giurisprudenza, la delega di funzioni può desumersi anche dalle dimensioni della struttura aziendale qualora sussista un'organizzazione altamente complessa.

Seguendo tale linea, ai fini della validità della delega non è essenziale la forma scritta e neppure la prova scritta del trasferimento di funzioni.

La giurisprudenza ha specificato che la delega può essere conferita oralmente dal titolare dell'impresa, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*, posto che l'efficacia devolutiva dell'atto di delega è subordinata all'esistenza di un atto traslativo delle funzioni delegate, connotato unicamente dal requisito della

⁴ Cass. pen. Sez. III, 13 marzo 2003, n. 521; id. Cass. pen. Sez. III 26 maggio 2003, n. 22931, cit.; id. Cass. pen. Sez. III, 12 aprile 2005, n. 26122.

certezza che prescinde dalla forma impiegata.

Tuttavia, gli esiti a cui perviene questa giurisprudenza sembrano messi in dubbio dalla lett. a) dell'art. 16 del citato T.U., la quale nel prevedere un trasferimento rigorosamente documentato quanto a presupposti, contenuti, limiti e con data certa per evitare deleghe surrettizie, intende richiamare l'attenzione del datore di lavoro sulle conseguenze che la delega è in grado di comportare e sulla necessità di meglio salvaguardare l'incolumità dei lavoratori. Tale norma - specificando l'ammissibilità della delega nel rispetto dei "seguenti limiti e condizioni" - considera la forma scritta come requisito *ad substantiam*.

Ritenere la forma scritta quale requisito *ad substantiam* desta, nondimeno, qualche perplessità alla luce di una lettura sistematica del D.lgs. n. 81 del 2008.

Sembra strano, infatti, che da un lato il legislatore riconosca l'esercizio di fatto di poteri direttivi da parte di soggetti sprovvisti di regolare investitura (art. 299 D.lgs. 81/2008) e, dall'altro, attribuisca valore costitutivo ad un requisito di forma che già la giurisprudenza aveva eliminato.

L'alternativa è di intendere la forma scritta quale requisito *ad probationem* anche se per tale ipotesi permarranno incertezze, questa volta di carattere processuale, in quanto sul datore di lavoro graverebbe l'onere di fornire la prova dell'avvenuto conferimento della delega con un mezzo vincolato.

Senonché, questa eventualità tende a confliggere con il principio del libero convincimento del giudice, il quale, ex art. 192 c.p.p. valuta la prova avendo il dovere di motivare mediante l'indicazione dei "risultati acquisiti e dei criteri adottati".

3) L'efficacia liberatoria della delega.

Le perplessità derivano dal nuovo terzo comma dell'art. 16 laddove "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".

Sembra difficile sostenere un'interpretazione siffatta, che

arrecherebbe significativi svantaggi ad imprese di medie e grandi dimensioni, in controtendenza alla prassi giurisprudenziale ormai consolidata.

In conclusione, sebbene l'art. 16 del D.lgs. 81/2008 non aiuti a risolvere in via definitiva la *querelle* tra formalisti e funzionalisti, sembra corretto ritenere che il soggetto apicale mantenga la propria responsabilità per i difetti strutturali e organizzativi dell'azienda, qualora conosciuti o conoscibili in virtù del generale dovere di vigilanza sull'operato del delegato.

Per tutti i difetti occasionali, invece, permane in linea di massima la responsabilità del soggetto delegato, in quanto il delegante difficilmente può avere immediata cognizione dei fattori di rischio e porvi personalmente rimedio.