

# Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



marzo 2023

PLENUM

rivista231.it

<b>1. AMBIENTE E SICUREZZA</b>	<b>3</b>
<i>di Marina Zalin</i>	
<b>2. AMBIENTE E SICUREZZA</b>	<b>5</b>
<i>di Mariagrazia Pellerino e Ilaria Tolio</i>	
<b>3. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE</b>	<b>10</b>
<i>di Ranieri Razzante e Camilla Levis</i>	
<b>4. GIURISPRUDENZA ANNOTATA</b>	<b>13</b>
<i>di Ciro Santoriello</i>	
<b>5. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI</b>	<b>17</b>
<i>di Ernesto Devito</i>	

## AMBIENTE E SICUREZZA

di Mariagrazia Pellerino e Ilaria Tolio, Studio legale Pellerino

### **Distinzione tra delega di funzioni ex articolo 16 D.Lgs. 81/2008 e delega gestoria ex articolo 2381 c.c. e individuazione della figura del datore di lavoro.**

L'individuazione della figura del datore di lavoro e quindi del soggetto titolare della posizione di garanzia in senso prevenzionistico non sempre è così agevole, in particolar modo nell'ambito delle organizzazioni complesse, e ciò, soprattutto, a causa della confusione esistente in ordine alla disciplina delle deleghe.

La giurisprudenza di legittimità in plurime occasioni è intervenuta sul tema, da ultimo con la sentenza n. 8476 depositata in data 27 febbraio 2023 (Cass. Pen., Sezione IV, 20.10.2022 - 27.02.2023, n. 8476), decisione che illustra con grande chiarezza la differenza che intercorre tra la delega gestoria ex art. 2381 c.c. e la delega di funzioni ex art. 16 D.Lgs. 81/2008.

Poiché la diversa struttura ontologica dei due tipi di delega comporta ricadute in ordine al loro contenuto e ai residui doveri in capo al soggetto delegante e, conseguentemente, al perimetro di responsabilità di quest'ultimo al verificarsi di un infortunio sul lavoro, risulta fondamentale individuare correttamente l'istituto che di volta in volta viene in rilievo.

Come correttamente ricorda la Cassazione, la delega di funzioni ex art. 16 D.Lgs. 81/2008 è lo strumento con il quale il datore di lavoro trasferisce i poteri e le responsabilità per legge connessi al proprio ruolo a un altro soggetto: questi diventa garante a titolo derivativo, con conseguente riduzione e mutazione dei doveri facenti capo al soggetto delegante.

Tale istituto ha trovato riconoscimento normativo con il Testo Unico sulla Sicurezza che, nell'articolo 16, ha dettato i requisiti di validità della delega, recependo l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sotto la vigenza della Legge 626/1994 (che si limitava a elencare le attività del datore di lavoro non delegabili, ammettendo quindi, seppure implicitamente, tale possibilità).

Come noto, ai fini della sua validità, la delega di funzioni:

- deve risultare da atto scritto recante data certa;
- deve essere conferita a un soggetto dotato di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- deve attribuire al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- deve attribuire al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
- deve essere accettata per iscritto dal delegato;
- deve essere oggetto di adeguata e tempestiva pubblicità.

Come previsto dall'articolo 17 D.Lgs. 81/2008, gli unici due obblighi del datore di lavoro che non possono essere oggetto di delega sono la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del DVR e la designazione del RSPP.

In presenza di una delega di funzioni, il delegante, per non essere chiamato a rispondere per *culpa in eligendo* o per *culpa in vigilando*, da un lato, ha un preciso dovere di individuare un soggetto dotato delle professionalità e delle capacità necessarie e, dall'altro, un obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite.

Obbligo di vigilanza "alta" che deve riguardare non il merito delle singole scelte, bensì il complessivo adempimento delle funzioni delegate.

Qualora la società abbia adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo della sicurezza conforme ai requisiti di cui all'art. 30, comma 4, D.Lgs. 81/2008 tale obbligo si intende assolto.

Diverso, invece, è l'istituto della delega gestoria che attiene alla ripartizione delle attribuzioni e delle responsabilità nelle organizzazioni complesse ed è preordinato ad assicurare un adempimento più efficiente della funzione gestoria e al contempo la specializzazione delle funzioni, tramite valorizzazione delle competenze e delle professionalità esistenti all'interno dell'organo collegiale.

Attraverso l'istituto della delega gestoria, disciplinato dall'art. 2381 c.c., il Consiglio di Amministrazione, se lo Statuto o l'Assemblea lo consentono, può delegare (ad eccezione di quelle espressamente escluse) proprie attribuzioni, o solo alcune di esse, a un comitato esecutivo (composto da alcuni dei suoi membri) oppure a uno o più dei suoi componenti

determinando il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega.

Il Consiglio di Amministrazione può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega.

Sulla base delle informazioni ricevute, l'Organo amministrativo valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione, nonché, quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società.

Gli organi delegati, dal canto loro, devono curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e devono riferire al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale, con la periodicità fissata dallo Statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società.

Ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in Consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Oggetto di delega ex art. 2381 c.c. può anche essere la funzione datoriale.

Nelle società di capitali più semplici, in cui figura un amministratore unico titolare della ordinaria e straordinaria amministrazione, questi assume anche la posizione di garanzia datoriale.

Nelle società di capitali in cui, invece, l'amministrazione è affidata a un organo collegiale, l'individuazione della posizione datoriale è più complessa, anche in ragione della molteplicità di possibili modelli di amministrazione offerti dalla normativa societaria.

La Corte di Cassazione, in proposito, con orientamento costante afferma che, nell'ipotesi in cui non siano previste specifiche deleghe di gestione, l'amministrazione ricade per intero su tutti i componenti del Consiglio, i quali sono tutti investiti degli obblighi inerenti la prevenzione degli infortuni posti dal legislatore a carico del datore di lavoro.

In presenza di delega gestoria, se i Consiglieri delegati sono dotati degli effettivi poteri di gestione di spesa (sulla base del dettato dell'articolo 2 D.Lgs. 81/2008 secondo cui è datore di lavoro *“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 propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”*) la titolarità della

figura datoriale sarà in capo a questi ultimi, sempre che il Consiglio delegante abbia assicurato il necessario flusso informativo ed esercitato il potere/dovere di controllo sull'assetto organizzativo adottato dal delegato.

Nella giurisprudenza di legittimità si è infatti affermato che a seguito della delega gestoria l'obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal Consiglio di Amministrazione al delegato, rimanendo in capo al Consiglio residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo.

Quindi, nel caso di delega gestoria ex art. 2381 c.c. la qualifica di datore di lavoro viene "convogliata" in capo a uno o più soggetti delegati in quanto tale istituto consente di concentrare i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale, che fa capo a una pluralità di soggetti (ovvero i membri del Consiglio di Amministrazione), solo su alcuni di essi.

Nel caso, invece, della delega di funzioni prevista dall'art. 16 del D.Lgs. 81/2008 si opera il trasferimento di alcune funzioni proprie del ruolo datoriale nei confronti di soggetti delegati che vengono investiti di poteri e di doveri dei quali sono privi a titolo originario.

In questa ipotesi il soggetto delegato non è qualificabile *ab origine* quale datore di lavoro e non lo diventa per effetto della delega.

Nel primo caso siamo quindi davanti a una concentrazione dell'esercizio e della gestione dei poteri decisionali e di spesa in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, nel secondo caso, a un trasferimento di funzioni.

Tale differenza determina conseguenze in ordine al contenuto della delega e alla modulazione dei rapporti fra deleganti e delegati.

Sotto il profilo dei contenuti, innanzitutto, mentre nella disciplina dettata dall'art. 16 D.Lgs. 81/2008, il conferimento del potere di spesa è requisito essenziale dell'atto e deve essere adeguato in relazione alle necessità connesse allo svolgimento delle funzioni delegate, nella disciplina della delega gestoria, che, si ricorda, è rilasciata a un soggetto già investito della funzione datoriale e dei relativi poteri, ivi compreso quello di spesa, non vi è analogo riferimento.

Come si è già detto, la redazione del DVR e la nomina del RSPP non possono essere delegate tramite l'istituto di cui all'art. 16 D.Lgs. 81/2008, mentre, invece, possono essere oggetto di attribuzione al delegato ex art. 2381 c.c. essendo, si ribadisce, tale soggetto datore di lavoro *ab origine*.

Anche l'attività di vigilanza richiesta dall'art. 16 comma 3 D.Lgs. 81/2008 è differente dal dovere di controllo imposto ai componenti del Consiglio di Amministrazione deleganti, che, come detto, deve essere ricondotto agli obblighi civilistici di cui agli artt. 2381 comma 3 c.c. e 2932 comma 2 c.c.

In tale ultimo caso, stante la concentrazione dell'esercizio dei poteri in capo a una figura che è già datore di lavoro, a riguardo dei deleganti si potrà configurare un dovere di verifica sulla base del flusso informativo, dell'assetto organizzativo generale e un vero e proprio potere di intervento anche con riferimento alla adozione di singole misure specifiche nel caso in cui vengano a conoscenza di fatti pregiudizievoli e di situazioni di rischio non adeguatamente governate.

Con la conseguenza per cui, qualora non abbiano esercitato i residui doveri di controllo sull'andamento generale della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega, anch'essi possono essere chiamati a rispondere penalmente dell'infortunio, in eventuale concorso con i soggetti delegati, sulla base di quanto stabilito nell'art. 40 cpv. c.p., in forza del quale *«non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»*.

Nel caso di delega di funzioni, invece, come già precisato, l'obbligo di vigilanza del delegante può ritenersi assolto attraverso l'adozione e l'efficace attuazione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Ecco quindi l'importanza di accertare, di volta in volta, l'esatta natura della delega conferita dal Consiglio di Amministrazione, posto che da tale perimetrazione discendono conseguenze anche in ordine al contenuto della posizione di garanzia di quest'ultimo.