

FOCUS
ON

LA RILEVANZA DELLE DELEGHE NEL MODELLO ORGANIZZATIVO EX D.LGS. 231/2001

**LE NUOVE
FRONTIERE
DELLA
LEGGE**

www.lexant.it

LA RILEVANZA DELLE DELEGHE NEL MODELLO ORGANIZZATIVO EX D.LGS. 231/2001

1. Deleghe e Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001.

Un efficace sistema di Governance non può prescindere da un'adeguata ripartizione delle funzioni e dei poteri tra coloro che operano nel contesto societario.

Nel Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex. d.lgs. 231/2001 devono quindi essere ben individuati i poteri, i ruoli e le responsabilità delle diverse funzioni societarie al fine di garantire la necessaria segregazione tra coloro che pianificano, decidono, attuano e controllano la correttezza di ciascun processo aziendale.

In tale ottica, l'adozione di un sistema di deleghe coerente con l'assetto della società, oltre a rafforzare l'efficienza organizzativa mediante il coinvolgimento di soggetti dotati di specifiche competenze costituisce un valido presidio preventivo alla commissione dei reati previsti dal d.lgs. 231/2001 da parte di coloro che rivestono posizioni di garanzia con particolare riferimento ai settori della Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro e dell'Ambiente.

2. La delega di funzioni ex art. 16 d.lgs. 81/2008.

La delega di funzioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro è un istituto in forza del quale un soggetto (il datore di lavoro o garante originario) trasferisce ad un soggetto terzo (il delegato o garante derivato) dotato di specifiche professionalità e competenze, i doveri e poteri che trovano origine nella propria specifica posizione giuridica. Al trasferimento delle funzioni corrisponde la traslazione delle responsabilità, anche penali, connesse alle funzioni trasferite.

Non tutte le funzioni sono delegabili in quanto l'art.17 del d.lgs. 81/2008 esclude la possibilità da parte del Datore di Lavoro di delegare la valutazione dei rischi, la conseguente redazione del documento di valutazione (DVR) e la nomina del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione dai rischi.

Ai sensi dell'art.16 del d.lgs. 81/2008 affinché la delega di funzioni sia valida devono ricorrere le seguenti 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;

e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto e che alla stessa sia data tempestiva e adeguata pubblicità. In ogni caso, la delega di funzioni non solleva il datore di lavoro dagli obblighi di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di vigilanza si intende però assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex. d.lgs. 231/2001.

3. La sub-delega ex art. 16, comma 3-bis d.lgs. 81/2008.

Il delegato può a sua volta delegare, previa intesa con il datore di lavoro, specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni previste per la delega di primo grado.

Tuttavia, il soggetto al quale è stata conferita la delega non può a sua volta delegare le funzioni trasferite.

Si ritiene che anche nel caso in cui il delegato deleghi ad un subdelegato specifiche funzioni sussista l'obbligo di adeguata vigilanza da parte del delegato/subdelegante sul subdelegato.

4. La delega di funzioni in materia ambientale.

Sebbene la disciplina normativa in materia ambientale non preveda espressamente l'istituto della delega di funzioni, la giurisprudenza (*ex multis*: Cass. Pen. Sez. III, 27.05.2020 n. 15941), in analogia ai principi affermati con riferimento ai reati commessi in violazione delle disposizioni in materia di igiene e prevenzione degli infortuni sul lavoro, ne ha da tempo riconosciuto l'efficacia, subordinandola al rispetto di specifici requisiti.

In particolare, per la Suprema Corte:

- la delega deve essere puntuale ed espressa, con esclusione in capo al delegante di poteri residuali di tipo discrezionale;
- il delegato deve essere tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli;
- il trasferimento delle funzioni delegate deve essere giustificato in base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa;
- la delega deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri decisionali e di spesa;
- l'esistenza della delega deve essere giudizialmente provata in modo certo.

A fronte dell'analogia con l'istituto della delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro la giurisprudenza ha, pertanto, ritenuto di estendere anche alla delega in materia ambientale l'obbligo di vigilanza del delegante in ordine

al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite ad oggi previsto espressamente solo dall'art. 16, comma 3 del d.lgs. 81/2008.

Al delegante, tuttavia, non è richiesto un controllo costante e continuativo delle modalità di svolgimento delle funzioni trasferite ma una verifica complessiva della gestione del rischio da parte del delegato.

Indici sintomatici di una condotta vigile ed adeguata da parte del delegante per la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono: il compimento di riunioni periodiche, l'acquisizione di documentazione sull'attività svolta da parte del delegato, l'instaurazione di appositi flussi informativi, un adeguato sistema di tracciabilità dell'attività svolta.

Ne consegue che se il delegante sia a conoscenza o avrebbe potuto esserlo con l'ordinaria diligenza dell'inadeguato esercizio della delega da parte del delegato e non intervenga sarà chiamato a rispondere dei reati commessi dal delegato ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.

La giurisprudenza di legittimità (tra tutte: Cass. Pen. Sez. III, 24.02.2017 n. 9132), nell'evidenziare il rapporto di stretta correlazione e interdipendenza tra la presenza di deleghe ambientali e l'idoneità del Modello Organizzativo ha sostenuto come quest'ultimo può essere considerato inefficace in virtù della sola assenza di deleghe di funzioni.

Ne deriva che, anche in materia ambientale, la sussistenza di un adeguato sistema di poteri e deleghe costituisce un presidio fondamentale per la realizzazione di un efficace Modello Organizzativo capace di prevenire la commissione di reati ambientali di cui all'art. 25-undecies del D.lgs. 231/2001.

5. Delega di funzioni, atto di nomina e procura ex art. 2209 c.c.

Nella prassi si è riscontrata, non di rado, una sovrapposizione tra la delega di funzioni e altri istituti ad essa solo apparentemente analoghi.

Una prima distinzione, certamente da operare, è quella tra delega di funzioni e atto di nomina o attributivo di uno specifico incarico funzionale (es. Datore di Lavoro, RSSP, Medico Competente, ecc ...).

In tale secondo caso non si realizza, come invece accade per la delega di funzioni, il trasferimento a titolo derivato delle funzioni e delle responsabilità proprie del garante originario, ma il conferimento di uno specifico ruolo nei confronti di un soggetto che assume *ab origine* la posizione giuridica di garante (cfr. sul punto: Cass. Pen. Sez. IV, 3 gennaio 2020, n. 54). A titolo esemplificativo, l'organo amministrativo di una società nella propria qualità di Datore di Lavoro può rilasciare al Direttore di stabilimento una delega di funzioni ex art. 16 d.lgs. 81/2008 oppure nominarlo Datore di Lavoro dell'unità produttiva. Solo in quest'ultimo caso il Direttore di stabilimento assumerà a titolo originario la qualifica di Datore di Lavoro ai fini prevenzionistici.

La delega di funzioni presenta sostanziali differenze anche rispetto alla procura speciale ex art. 2209 c.c. conferita con atto notarile a soggetti interni all'Ente che attribuisce il potere di compiere, in rappresentanza dell'Ente, atti relativi all'esercizio dell'impresa. Si pensi, a titolo esemplificativo, al Responsabile dell'area Amministrazione e Finanza al quale viene attribuito il potere di compiere operazioni bancarie entro determinati limiti di spesa e/o con la previsione di firme congiunte per operazioni di particolare rilievo economico.

Da ultimo, va ricordata la differenza intercorrente tra la delega di funzioni e la delega gestoria ex art. 2381 c.c. come rimarcato anche di recente dalla Corte di Cassazione (vedasi *infra*).

6. La delega gestoria ex art. 2381 c.c.

Tale istituto, originariamente riferito solo alle S.p.A. e la cui applicazione è stata estesa dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza anche alle S.r.l., consente al Consiglio di Amministrazione di delegare le proprie attribuzioni o alcune di esse ad uno o più dei suoi componenti o ad un comitato esecutivo (c.d. *board*).

Ai sensi dell'art. 2381 c.c. la decisione di ricorrere alla delega deve essere autorizzata dai soci o deve essere prevista dallo Statuto. In tal caso, il Consiglio di Amministrazione deve determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Non tutte le funzioni sono delegabili, in quanto non possono essere delegate le specifiche attribuzioni indicate negli artt. 2420 ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501 ter e 2506 bis c.c. (si tratta della delibera inerente emissione di obbligazioni convertibili, della redazione del bilancio di esercizio, delle delibere inerenti gli aumenti di capitale, delle delibere di riduzione del capitale in ipotesi di grave sofferenza, della redazione di progetti di scissione e fusione in cui vengono in rilievo attribuzioni di tipo organizzativo).

In ogni caso, gli amministratori nell'avvalersi della delega gestoria devono agire in modo informato e, a tal fine, ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

L'importanza di tale istituto nelle organizzazioni complesse è facilmente desumibile se si considera che per orientamento giurisprudenziale ormai costante (*ex multis*: Cass. Pen. n. 8118/2017; Cass. Pen. n. 49402/2013) nelle società di capitali, salvo siano previste specifiche deleghe di gestione, la responsabilità ricade per intero su tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione in quanto tutti i componenti conservano il ruolo di datore di lavoro ai

fini della sicurezza e sono, dunque, investiti degli obblighi inerenti la prevenzione degli infortuni posti dalla legislazione a carico del datore di lavoro.

Inoltre, l'adozione di un sistema di deleghe adeguato all'assetto della società costituisce un vero e proprio dovere giuridico per l'imprenditore collettivo oggi culminato nella nuova formulazione dell'art. 2086, comma 2 c.c., il quale, a seguito delle modifiche introdotte dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (art. 375, comma 1 d.lgs. n. 14 del 12.1.2019) recita: *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, **anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale** ...”*.

L'istituzione di un assetto organizzativo adeguato, seppur finalizzato alla rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, non può tuttavia rispondere solo all'esigenza di prevenire la crisi economico-finanziaria, in quanto la locuzione “anche” depone per un significato giuridico più ampio volto alla tutela di specifici interessi e/o settori quali appunto la tutela della sicurezza sul lavoro ex d.lgs. 81/2008 e la tutela dell'ambiente ex d.lgs. 152/2006.

Ecco che allora un adeguato sistema di deleghe e poteri all'interno della società rappresenta un sicuro indice di adeguatezza dell'assetto organizzativo in quanto consente di stabilire formalmente (ossia attraverso quali procedure e processi) “chi fa cosa”, “chi controlla e vigila chi quel qualcosa fa” e “chi, pertanto, è responsabile delle decisioni che vengono assunte”.

7. La delega di funzioni e la delega gestoria alla luce dei recenti chiarimenti della Corte di Cassazione.

La sentenza della Corte di Cassazione Penale, Sez. 4[^], 27 febbraio 2023, n. 8476 impone un'importante riflessione sul rapporto tra delega di funzioni rilasciata dal datore di lavoro al delegato ai sensi dell'art.16 del d.lgs. 81/2008 e delega gestoria prevista dall'art. 2381 c.c. posto che non di rado, anche nella Giurisprudenza, la distinzione tra i due tipi di delega non è stata sufficientemente delineata con conseguente confusione tra i due diversi istituti che vanno tenuti distinti.

Il caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte riguardava un infortunio occorso a un dipendente adibito alla movimentazione di pancali tramite transpallet in un'area di stoccaggio temporanea. L'infortunio aveva determinato la condanna nei primi due gradi di giudizio di un A.D. per il delitto di lesioni colpose aggravato dalla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro.

La difesa dell'imputato denunciava, tra gli altri motivi di ricorso, la contraddittorietà della motivazione quanto al contenuto e alla portata della delega rilasciata dall'imputato ad altro amministratore delegato, direttore dello stabilimento nel quale si era verificato l'infortunio.

La Suprema Corte, nel pronunciarsi sul ricorso, evidenziava come la delega di funzioni e la delega gestoria hanno contenuto e funzioni differenti con evidenti conseguenze in merito alle residue responsabilità che permangono in capo al delegante.

In particolare, la Corte ha chiarito che mentre *“La delega di funzioni prevista dall’art. 16, D.L.vo 9 aprile 2008, n. 81 presuppone un trasferimento di poteri e correlati obblighi dal datore di lavoro verso altre figure non qualificabili come tali e che non lo divengono per effetto della delega ... la delega di gestione, anche quando abbia ad oggetto la sicurezza sul lavoro nel caso di strutture societarie complesse, consente di concentrare i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale, che fa capo ad una pluralità di soggetti (ovvero i membri del consiglio di amministrazione), su alcuni di essi”*.

Il fatto che nel primo caso venga in rilievo il trasferimento di alcune funzioni e nel secondo caso la concentrazione dell’esercizio della funzione datoriale determina conseguenze rilevanti: mentre nella delega rilasciata ai sensi dell’art. 16, d.lgs. 81/2008, il conferimento del potere di spesa è requisito essenziale; nella delega gestoria, che è rilasciata ad un soggetto già investito della funzione datoriale, il riferimento al potere di spesa è superfluo e la sua mancata indicazione non inficia la validità e gli effetti liberatori della stessa.

Ed ancora, la Suprema Corte ha precisato che: *“mentre non sono delegabili da parte del datore di lavoro ai sensi dell’art. 16, D.L.vo n. 81/2008 gli obblighi che costituiscono l’essenza della funzione datoriale e della sua preminente posizione di garante, ovvero la valutazione del rischio, preordinata alla pianificazione e predisposizione delle misure necessarie e la nomina del responsabile del servizio prevenzione e protezione, la delega gestoria permette che tali adempimenti vengano eseguiti dal delegato ...”*.

La diversità di “struttura ontologica” tra delega di funzioni e delega gestoria si ripercuote anche sul dovere di controllo imposto al datore di lavoro ai sensi dell’art.16, comma 3 d.lgs. 81/2008 e quello che invece è richiesto ai membri del Consiglio di Amministrazione deleganti ai sensi dell’art. 2381 c.c.

Nel caso di delega ex art.16 d.lgs. 81/2008 permane in capo al datore di lavoro delegante il dovere di “alta vigilanza” in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. Ciò significa che il delegante potrà essere chiamato a rispondere degli eventi illeciti in caso di *culpa in eligendo* e/o di *culpa in vigilando*.

Nel caso di delega gestoria il dovere di controllo deve essere invece 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 ad una figura che già riveste la qualifica di datore di lavoro, si potrà configurare in capo ai deleganti un dovere di verifica delle informazioni ricevute, dell’assetto organizzativo generale e un vero e proprio dovere di intervento nel caso in cui vengano a conoscenza di fatti pregiudizievoli. In conseguenza della violazione di tali obblighi, tutti gli

amministratori potranno essere ritenuti solidalmente responsabili della violazione delle norme antinfortunistiche e di eventi di danno occorsi ai lavoratori nell'esercizio dell'attività lavorativa.

La Corte di Cassazione, nell'operare tale distinzione, ha poi evidenziato come la Corte d'Appello, nel ritenere colpevole il datore di lavoro delegante, non si sia adeguatamente soffermata sulla natura della delega conferita dal delegante al delegato e sulla sua eventuale portata liberatoria.

Alla luce delle considerazioni sopra espresse, la Suprema Corte ha così disposto l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata alla Corte d'Appello affinché quest'ultima, nel nuovo giudizio, valuti la delega conferita, chiarisca se e in che termini tale delega possa rilevare ai fini della individuazione del datore di lavoro in senso prevenzionistico e individui così il perimetro dei doveri di controllo che dovessero eventualmente residuare in capo al delegante.

8. Conclusioni.

L'adozione di un adeguato e coerente sistema di deleghe rafforza l'efficacia dei processi decisionali, favorendo una più ampia responsabilizzazione da parte di coloro che operano nel contesto societario e realizzando al contempo quella segregazione dei ruoli e poteri cui tendere nell'ambito dell'adozione e implementazione del modello organizzativo ex. d.lgs. 231/2001.

Pertanto comprendere caratteristiche, differenze ed effetti delle diverse tipologie di deleghe diventa di fondamentale rilievo per la realizzazione di un efficace sistema di gestione del rischio in ambito 231.

Avv. Federica Brochiero