

reati societari previsti dagli artt. 2621-2638 c.c. – la norma fa espresso riferimento ai “reati previsti dal presente titolo” –, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato chi esercita in **modo continuativo e significativo** i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

Per la verità la disposizione non ha fatto altro che recepire – in ambito penale societario – le indicazioni che da tempo la dottrina e la giurisprudenza avevano fornito, privilegiando il dato sostanziale rispetto al difetto formale della qualifica. Si è così sancita normativamente una categoria che il panorama giuridico conosceva e utilizzava da tempo, ancorché non riuscisse a enunciare in termini univoci i parametri alla stregua dei quali poter determinare quando l'esercizio in concreto dei poteri inerenti alla funzione potesse far assumere a colui che risultasse sfornito della relativa qualifica la veste di soggetto di fatto.

Sebbene, dunque, l'equiparazione normativa del soggetto di fatto a quello di diritto rappresenti una novità relativa, essa, tuttavia, ha il merito di precisare i requisiti alla stregua dei quali la funzione di fatto può assumere rilevanza.

Ai fini della parificazione, invero, la norma richiede la **sussistenza di due parametri**: uno di tipo **quantitativo-temporale** (l'esercizio della funzione in modo continuativo); l'altro di **carattere qualitativo** (la significatività degli atti posti in essere). In tal modo, il legislatore ha inteso escludere l'estensione della qualifica nelle ipotesi di svolgimento meramente occasionale dei poteri tipici a essa inerenti.

### 3. La distinzione tra delega di funzioni e delega di gestione

Va precisato che il tema della ripartizione di funzioni all'interno di organizzazioni complesse si sovrappone spesso a quello della **delega di funzioni**. Ma si tratta di una prospettiva errata: un conto è, infatti, **individuare le persone fisiche** che, all'interno delle organizzazioni complesse, sono **titolari della qualifica soggettiva** dalla quale deriva la loro responsabilità in caso di violazione dei doveri inerenti alla loro funzione; altro discorso è la delega di funzioni, che riguarda un momento successivo e cioè la possibilità – per queste persone titolari della qualifica soggettiva richiamata dal predetto – di attribuire ad altre persone fisiche le funzioni da cui può derivare la responsabilità nel caso di eventi di danno o di pericolo.

Si può parlare, nel primo caso, di assunzione della qualifica “**a titolo originario**” in base alle esigenze di divisione del lavoro mentre, nel secondo caso, l'assunzione avviene “**a titolo derivativo**” e, solo in

questa ipotesi, siamo in presenza di una “delega” o di un “trasferimento di funzioni”. Come è stato efficacemente sottolineato (BRUSCO), la **distinzione** tra **assunzione di funzioni a titolo originario o derivativo** chiarisce anche, per quanto riguarda gli enti collettivi, la differenza tra **l'agire per conto dell'ente** e **l'agire per conto di altra persona fisica**, anche se, in entrambi i casi, chi viene investito delle funzioni assume una posizione di garanzia, cioè l'obbligo giuridico di impedire eventi dannosi (art. 40, co. 2, c.p.).

Su questo terreno, specie nell'ambito della sicurezza sul lavoro, la giurisprudenza da tempo ha introdotto la distinzione tra delega di funzioni (contemplata dall'art. 16 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81: c.d. TUSL) e delega di gestione (contemplata dal diritto societario all'art. 2381 c.c.).

Nel caso della **delega di funzioni** viene in rilievo la traslazione di alcuni poteri e doveri di natura prevenzionistica; nel caso della **delega gestoria** vengono invece in rilievo **criteri di ripartizione dei ruoli** e delle responsabilità tra gli amministratori in ambito societario caratterizzato da strutture più o meno articolate.

Trattasi di deleghe con differenti strutture ontologiche e conseguenti ricadute in termini di contenuto e di residui doveri in capo all'organo delegante, come chiarito da Sez. IV, n. 8476 del 20 ottobre 2022, dep. 2023, *Rinaldi*, e ribadito da Sez. IV sez. IV, 3 ottobre 2024, n. 40682, con l'*iter* logico-giuridico di seguito evidenziato.

La **delega di funzioni** è lo strumento con il quale **il datore di lavoro** (investito a titolo originario di compiti a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro) trasferisce poteri e responsabilità per legge connessi al proprio ruolo ad altro soggetto che diviene **garante a titolo derivativo**, con conseguente **riduzione e mutazione dei doveri** facenti capo al soggetto delegante. Permane, comunque, in capo al datore di lavoro delegante un **preciso dovere di vigilanza** in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e, prima ancora, un **preciso dovere di individuare** quale destinatario dei poteri e delle attribuzioni un soggetto dotato delle professionalità e delle competenze necessarie. Sul piano della responsabilità significa che il soggetto delegante potrà essere chiamato a rispondere degli eventi illeciti in caso di *culpa in eligendo* o di *culpa in vigilando* che abbia avuto un ruolo eziologico rispetto agli accadimenti (si veda in merito, *ex plurimis*: Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn*). Peraltro, nell'individuazione della responsabilità del datore di lavoro delegante, al fine di non incorrere nel rischio di configurare responsabilità di posizione del datore di lavoro che sarebbe in contrasto, fra l'altro, con la stessa previsione

dell'istituto della delega, si è sostenuto che la vigilanza deve riguardare non il merito delle singole scelte bensì il complessivo adempimento del debito di protezione e controllo affidato al delegato (Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 10702, *Mangone*; Sez. IV, 21 aprile 2016, n. 22837, *Visconti*).

L'istituto della **delega gestoria**, invece, come ricordato dalla citata Sez. IV, n. 8476 del 2023, *Rinaldi*, attiene alla ripartizione delle attribuzioni e delle responsabilità nelle organizzazioni complesse.

Trattasi di istituto preordinato ad assicurare un adempimento più efficiente della funzione gestoria (in quanto evidentemente più spedita) e al contempo la specializzazione delle funzioni, tramite valorizzazione delle competenze e delle professionalità esistenti all'interno dell'organo collegiale. Nelle società di capitali più semplici, l'amministratore unico, titolare dell'amministrazione ordinaria e straordinaria, assume anche la posizione di garanzia datoriale. Nelle società di capitali in cui, invece, l'amministrazione sia affidata a un organo collegiale quale il consiglio di amministrazione, l'individuazione della posizione datoriale è più complessa, anche in ragione della molteplicità di possibili modelli di amministrazione offerti dalla normativa societaria.

La Suprema Corte in proposito, con orientamento costante, ha affermato che nell'ipotesi in cui non siano previste specifiche deleghe di gestione l'amministrazione **ricade per intero su tutti i componenti del consiglio** e tutti i componenti del consiglio sono investiti degli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legislazione a carico del datore di lavoro.

Di frequente accade, tuttavia, che il consiglio di amministrazione **deleghi le proprie attribuzioni** o solo alcune di esse a **uno o più dei suoi componenti** o a un **comitato esecutivo** (c.d. *board*) attraverso la c.d. **delega gestoria** disciplinata dall'art. 2381 c.c. Tale ultima norma detta le condizioni per accedere al modello in esame, i limiti entro cui è possibile ricorrervi e gli effetti che l'adozione del modello determina nel rapporto fra delegati e deleganti.

Nella giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'individuazione della figura datoriale in presenza di deleghe gestorie, si pone l'accento sulla necessità di verificare in concreto l'effettività dei poteri di gestione e di spesa dei consiglieri delegati.

Le Sezioni Unite, con la già richiamata sentenza *Espenhahn*, hanno evidenziato che nell'ambito di organizzazioni complesse, d'impronta societaria, la veste datoriale non può essere attribuita solo sulla base di un criterio formale, magari indiscriminatamente estensivo, ma richiede di considerare l'organizzazione dell'istituzione, l'individuazione

delle figure che gestiscono i poteri che danno corpo a tale figura. Dato atto di quanto innanzi, la Suprema Corte ha confermato la correttezza dell'attribuzione della qualifica di datore di lavoro all'intero *board*, ovvero di un comitato esecutivo composto dall'amministratore delegato della società e da altri consiglieri delegati riconoscendo l'effettività dei poteri di gestione e di spesa esercitati anche da tali soggetti che valevano ad attribuire loro la qualifica di datori di lavoro unitamente all'amministratore delegato (nel caso concreto si era accertato che il *board*, pur formalmente dimesso, era stato coinvolto in tutte le decisioni gestionali e finanziarie di fondo che trascendevano la materia dalla sicurezza e riguardavano la complessa organizzazione aziendale).

L'accento posto dalla giurisprudenza sulla effettività dei poteri di gestione e di spesa del soggetto delegato (o del *board* composto di soggetti delegati) è correlato alla definizione di datore di lavoro, in senso prevenzionistico, contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 81 del 2008. In forza di tale norma 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. Se, dunque, in senso prevenzionistico è datore di lavoro il soggetto che, in quanto **investito dei poteri decisionali e di spesa**, ha la **responsabilità dell'organizzazione** o della **unità produttiva**, il giudice penale anche in presenza di una formale delega gestoria che riguardi la materia della sicurezza dovrà interrogarsi se e come i soggetti delegati siano stati messi in condizione di partecipare ai relativi processi decisori.

Nel caso della delega gestoria il dovere di controllo che permane in capo ai membri del consiglio di amministrazione non delegati deve essere dunque ricondotto agli obblighi civilistici di cui agli artt. 2381, co. 3, c.c. e 2392, co. 2, c.c. così come modificato dalla riforma del diritto societario attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003 che ha abolito il generale dovere di vigilanza di tutti gli amministratori sul generale andamento della società. Sulla base di tali disposizioni il consiglio di amministrazione nel suo complesso, oltre a determinare il contenuto della delega, conserva la facoltà di impartire direttive ed è tenuto sulla base delle informazioni ricevute a **valutare l'adeguatezza dell'assetto della società** e a valutare sulla base delle relazioni informative dei delegati il generale andamento della gestione (art. 2381, co. 3, c.c.). Tutti gli amministratori, inoltre, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o

eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2932, co. 2, c.c.).

In dottrina, si è sostenuto che la **delega in esame non abbia carattere abdicativo** e che l'affidamento di determinate attribuzioni agli organi delegati venga a creare una sorta di **competenza concorrente** tra delegati e deleganti, come reso evidente dalla espressa previsione di cui all'art. 2381, co. 3, c.c. Sicché, il consiglio di amministrazione può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Con riferimento all'ambito del **diritto penale del lavoro**, tuttavia, come ribadito dalla sentenza da ultimo citata, si deve ritenere che alla concentrazione dei poteri e delle attribuzioni in capo ad alcuni soggetti, giustificata dalla necessità di un più proficuo esercizio, debba corrispondere in via generale **una esclusiva responsabilità**, sempre che si accerti che il consiglio delegante abbia assicurato il necessario flusso informativo ed **esercitato il potere dovere di controllo sull'assetto organizzativo adottato dal delegato**.

Nell'ottica di accrescimento della tutela del lavoratore, nella giurisprudenza di legittimità si è dunque 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 di amministrazione residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo, con la precisazione che il residuo dovere di controllo non deve essere riferito agli aspetti minuti della gestione ma alla complessiva gestione aziendale della sicurezza.

Conclusivamente sul punto, sempre condividendo l'*iter* logico-giuridico di cui innanzi e sotteso a Sez. IV, n. 8476 del 2023, *Rinaldi*: la delega di funzioni prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 81 del 2008 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 a oggetto la sicurezza sul lavoro, invece, nel caso di strutture societarie complesse, 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), su alcuni di essi.

Con la delega ex art. 16 d.lgs. n. 81 del 2008 si opera il trasferimento di alcune funzioni proprie del ruolo datoriale; i delegati vengono investiti di poteri e di doveri dei quali sono privi a titolo originario. Di contro, fra soggetti che **sono a titolo originario titolari della posizione di datore di lavoro** non è concepibile il trasferimento della funzione ma solo l'adozione di un modello organizzativo tale per cui taluni poteri

decisionali e di spesa – se del caso anche quelli relativi alla sicurezza e alla salute dei lavoratori – vengono affidati **alla gestione di alcuni tra i datori**.

Il fatto che nel primo caso venga in rilievo il trasferimento di alcune funzioni e nel secondo caso la concentrazione dell'esercizio (*rectius*: della gestione) della funzione, determina conseguenze in ordine al **contenuto della delega**, nonché in ordine alla modulazione dei rapporti fra deleganti e delegati. Sotto il primo profilo, ad esempio, **mentre nella disciplina dettata dall'art. 16 d.lgs. n. 81 del 2008**, il conferimento del potere di spesa è requisito essenziale della delega di funzioni 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. Inoltre, mentre non sono delegabili da parte del datore di lavoro ai sensi del citato art. 16 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, mutando il contenuto del dovere prevenzionistico facente capo ai deleganti. L'attività di vigilanza richiesta dall'art. 16, co. 3, d.lgs. n. 81 del 2008, infatti, è differente dal dovere di controllo imposto ai membri del consiglio di amministrazione deleganti, che, come visto, dev'essere ricondotto agli obblighi civili di cui agli artt. 2381, co. 3, e 2932, co. 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 all'adozione di singole misure specifiche nel caso in cui vengano a conoscenza di fatti pregiudizievoli, *id est* di situazioni di rischio non adeguatamente governate. In conseguenza della violazione di tali obblighi, i membri del consiglio d'amministrazione potranno essere ritenuti responsabili della violazione della normativa antinfortunistica e degli eventi causalmente collegati.

#### 4. La successione nelle posizioni di garanzia

Estranea all'istituto della delega di funzioni è anche la **successione nelle posizioni di garanzia**, che si verifica in presenza di un trasferi-