

ORDINE AVVOCATI TORINO

CONVEGNO 31 MARZO 2011

“LA DELEGA DI FUNZIONI”

RELAZIONE

Sommario: 1. *Premessa.* 2. *I requisiti "oggettivi" e "soggettivi" della delega di funzioni.* 3. *La forma.* 4. *La competenza tecnica del delegato.* 5. *L'effettività.* 6. *L'autonomia di spesa.* 7. *La non ingerenza del delegante.* 8. *La dimensione dell'impresa.* 9. *L'accettazione per iscritto della delega.* 10. *La pubblicità adeguata e tempestiva della delega.* 11. *La necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato.* 11. *La specificità della delega.* 12. *Gli effetti della delega: la delega di funzioni e la delega materiale.* 13. *Gli obblighi del datore di lavoro non delegabili.* 14. *Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 106/09 in tema di delega di funzioni: modalità di attuazione dell'obbligo di vigilanza...* 15. ... (segue) *la subdelega.*

1. Premessa.

L'istituto della delega di funzioni è nato per consentire di trasferire su altri una responsabilità, conseguente alla violazione di norme penali, che altrimenti sarebbe propria.

La complessità via via maggiore assunta nel tempo dall'attività imprenditoriale ha reso sempre più difficile per il naturale destinatario del precetto penale, il datore di lavoro, adempiere personalmente agli obblighi imposti dalla legge in materia di sicurezza sul lavoro.

Perciò è stato necessario potere affidare ad altri soggetti specificamente individuati, il compito di vigilare sulla concreta applicazione di tali norme.

La piena legittimazione dell'istituto della delega di funzioni è stata raggiunta solo con il D.Lgs. n. 626/1994 nel testo modificato in quanto, prima di tale data, erano la giurisprudenza e la dottrina che, da sole, avevano ammesso il ricorso a tale possibilità.

L'art. 16 del d. lgs. 81/2008 ha infine disciplinato per la prima volta l'istituto della delega.

2. I requisiti "oggettivi" e "soggettivi" della delega di funzioni.

Da una ricognizione effettuata avendo presente gli studi condotti dalla dottrina e le pronunce giurisprudenziali, i requisiti (di carattere "oggettivo" ovvero "soggettivo") richiesti affinché la delega sia valida, anche ai sensi del nuovo D.Lgs. n. 81/2008, (artt. 16 e 17), risultano essere i seguenti:

1) forma;

2) competenza tecnica del delegato;

- 3) effettività;
- 4) autonomia di spesa;
- 5) non ingerenza del delegante;
- 6) dimensione dell'impresa;
- 7) accettazione per iscritto della delega;
- 8) pubblicità della delega;
- 9) necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato;
- 10) specificità della delega.

Esaminamoli.

3. La forma.

La delega deve avere forma **scritta**.

Mentre in un primo momento la giurisprudenza dominante aveva ritenuto che la forma della delega dovesse essere scritta, tale criterio era stato messo in discussione a seguito di alcune decisioni della Corte di Cassazione, secondo le quali la delega di attribuzioni all'interno dell'azienda, per essere sia seria e reale, doveva avere forma espressa e possedere un contenuto chiaro, senza per questo assumere necessariamente forma scritta, poiché un tale requisito non era previsto da alcuna norma.

Si trattava peraltro di giurisprudenza isolata. **NOTA**

Il D.Lgs. n. 81/2008 ha superato i problemi interpretativi, richiedendo sempre e comunque la forma **scritta** dell'atto di delega. L'art. 16, comma 1, lett. a) dispone infatti che:

1. 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.

Perché è richiesta la data **certa**?

Tale requisito è imposto per garantire la necessaria anteriorità dell'atto di delega rispetto al verificarsi dell'infortunio. L'intenzione del legislatore è infatti quella di far apporre sul documento una data che non sia falsificabile da soggetti terzi, interessati a far valere una data diversa da quella effettiva di redazione.

Come si fa a far acquisire data certa ad un documento?

Secondo l'Ufficio del Garante per la protezione dei dati personali (*Misure minime di sicurezza - Chiarimenti sulla data certa dell'atto previsto dall'art. 1 della L. 325/2000 5 dicembre 2000*), possono essere utilizzati questi strumenti:

- a) ricorso alla C.d. "autoprestazione" presso uffici postali prevista dall'art. 8 del D.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 NOTA, con apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene;
- b) per le amministrazioni pubbliche, adozione di un atto deliberativo di cui sia certa la data in base alla disciplina della formazione, numerazione e pubblicazione dell'atto;
- c) apposizione della c.d. marca temporale sui documenti informatici NOTA;
- d) apposizione di autentica, deposito del documento o vidimazione di un verbale, in conformità alla legge notarile; formazione di un atto pubblico;
- e) registrazione o produzione del documento a norma di legge presso un ufficio pubblico.

Un problema sollevato dal requisito della forma scritta della delega concerne la conciliabilità tra lo scritto ed **il principio di effettività** accolto dagli artt. 2 e 299 del d. lgs. 81/2008.

E' noto che, a mente dell'art. 299, "*Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), vale a dire datore di lavoro, dirigente e preposto gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti*". E' il noto principio dell'effettività.

Come conciliare, allora, la previsione della forma scritta, richiesta dall'art. 16 lett. a), con il principio dell'effettività?

Secondo alcuni commentatori (PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in Dir. pen. proc., 2008, p. 830*) si tratterebbe di forma scritta richiesta "*ad probationem*", come sarebbe reso evidente dall'uso del verbo «risultare».

Altri interpreti, più condivisibili a mio avviso, affermano che non esiste alcuna «*contraddizione tra le due previsioni: una delega non valida perché priva dei requisiti di forma non libera il delegante dai suoi obblighi; ma se il delegato ha operato esercitando in concreto i poteri invalidamente trasferitigli risponderà delle sue condotte*» (CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi, in Dir. pen. proc., 2009, p. 508*, che trae conferma normativa dall'art. 16, lett. a) del T.u. del 2008, il quale «*specificando l'ammissibilità della delega nel rispetto dei "seguenti limiti e condizioni"*, considera la forma scritta come requisito *ad substantiam*; C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D. Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, in Giur merito, 2008, p. 2781*).

4. La competenza tecnica del delegato.

NN. BB. E' NECESSARIO VEDERE GLI ALTRI ARTICOLI DI COMMENTO COSA

DICONO SU QUESTO PUNTO: QUALI PROBLEMATICHE APPLICATIVE CREA/PUO' CREARE QUESTO REQUISITO?

E' il requisito "soggettivo" richiesto dalla lettera b) del primo comma dell'art. 16 d. lgs. 81/2008.

Il soggetto nominato delegato deve possedere una competenza tecnica, cioè deve essere idoneo a svolgere il compito assegnatogli.

La mancanza di tale requisito comporta una responsabilità penale a carico del delegante per una inadeguata individuazione del soggetto delegato, c.d. *culpa in eligendo*.

Secondo la giurisprudenza precedente al d. lgs. 81/2008, l'idoneità deve essere valutata *ex ante* e non *ex post*, non quindi sulla base di ciò che è successo, ma con riguardo ai dati a disposizione del garante al momento del conferimento dell'incarico.

Inoltre ai fini dell'esonero da responsabilità dell'imprenditore o del titolare del potere di gestione dell'impresa sociale non è necessario che il delegato sia dotato di capacità tecnica, intesa in senso specialistico, in quanto non vi sono ragioni per esigere che questi abbia una competenza diversa e superiore rispetto a quella che il legislatore presuppone nel soggetto originariamente destinatario del precetto penale. NOTA 76

5. L'effettività.

Tale requisito, previsto dalla lett. c) dell'art. 16 d. lgs. 81/2008, impone al datore di lavoro di fornire al delegato tutti gli strumenti tecnici ed i poteri necessari affinché possa assolvere alle funzioni cui è preposto.

Si tratta, in concreto, di attribuire al delegato un:

- **potere di conoscenza** - inteso come libero accesso ai luoghi di lavoro in qualunque momento dell'attività produttiva; come diritto del delegato di dialogare con i lavoratori o con persone estranee; come diritto a potersi informare leggendo i documenti aziendali che possono avere in qualche maniera un riflesso sulle scelte da effettuare in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro;
- **poteri d'intervento** del delegato nella scelta delle attrezzature, nella collocazione dei macchinari, nell'individuazione dei mezzi di protezione, nella modifica delle condizioni di lavoro, delle fasi e dei tempi del processo lavorativo;
- **poteri di coordinamento** tra i vari comparti aziendali.

6. L'autonomia di spesa.

Art. 16 lett. d).

L'attribuzione di un potere congruo di spesa al delegato costituisce *condicio sine qua non* per l'efficacia della delega.

Autonomia di spesa significa:

- non dover essere autorizzati ogni volta dal delegante in caso di necessità di impiego delle somme stanziare per l'adempimento degli obblighi prevenzionistici;
- disponibilità, da parte del delegato, dei mezzi finanziari necessari per l'espletamento dei poteri attribuitigli.

Al requisito dell'autonomia finanziaria può accompagnarsi un **obbligo di rendiconto annuale** del delegato al delegante, obbligo che deve essere assolto anche per consentire al delegante un controllo sullo svolgimento delle funzioni delegate.

Il riferimento della norma all'autonomia di spesa definita "*necessaria*" presuppone che l'autonomia **finanziaria non debba essere illimitata**, essendo invece sufficiente che la stessa sia congrua rispetto ai poteri attribuiti.

E' dunque possibile prevedere un limite all'autonomia di spesa? Certamente sì. Sotto tale profilo, è possibile precisare **i limiti di spesa** nella delega o farli eventualmente risultare in una apposita procura notarile, nel caso in cui, appunto, si voglia limitare il potere di rappresentanza del delegato ad acquisti da cui derivi un impegno di spesa inferiore ad una determinata somma.

Come si conciliano, nella pratica, gli eventuali limiti di spesa posti al delegato e la posizione di garanzia da lui stesso rivestita?

Io credo che il delegato non possa rispondere per eventi che siano causalmente riconducibili a carenze strutturali del sistema di sicurezza, non fronteggiabili attraverso l'esercizio dei suoi poteri di spesa, e non prevedibili all'atto di accettazione della delega. Tuttavia, se il delegato accetta una delega che prevede un budget **palesamente inadeguato** allo svolgimento delle funzioni delegate, oltre a non esonerare il delegante, ciò comporta una responsabilità del delegato per «*colpa per assunzione*»: in ogni caso, infatti, sul delegato grava l'obbligo di segnalare eventuali esigenze di intervento anche ove eccedano i limiti imposti alla sua autonomia di spesa.

Tale opinione è confermata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "*il soggetto destinatario di una delega di funzioni in materia antinfortunistica non risponde penalmente, per il caso in cui il delegante non lo abbia messo nelle condizioni per svolgere adeguatamente i compiti affidatigli, soltanto se, inadempiente il delegante, egli abbia rifiutato il conferimento dell'incarico,*„ NOTA 79.

7. La non ingerenza del delegante.

Non si tratta di un requisito espressamente delineato dall'art. 16, ma è il concetto stesso di delega di funzioni ad imporre che il delegato abbia piena autonomia decisionale nelle proprie azioni, attività e decisioni di spesa, nelle quali il delegante non deve ingerirsi.

Con una precisazione: il delegante, come meglio si vedrà, ha il preciso dovere di intervenire

nel caso in cui ravvisi una inerzia da parte del delegato in merito alla attuazione della normativa antinfortunistica.

Verificandosi tale ultima ipotesi, il delegante che non intervenga sarà chiamato a rispondere, con conseguenze di tipo penali, per la mancata vigilanza (*c.d. culpa in vigilando*).

8. La dimensione dell'impresa. (RICORDA: QUESTO PUNTO VA TRATTATO ALLA FINE!)

Questo requisito non è specificamente considerato tra le condizioni per l'ammissibilità della delega.

In precedenza, invece, la valutazione della dimensione della impresa quale requisito per potere utilizzare l'istituto della delega era stata considerata dalla giurisprudenza in un primo momento avendo riguardo solo all'aspetto quantitativo e, successivamente, tenendo conto della "qualità" dell'organizzazione in termini di complessità del sistema lavorativo.

Premesso quanto sopra, nel silenzio del legislatore del 2008, si pone il problema di stabilire se la delega – per essere ammissibile - richieda la presenza di una struttura aziendale complessa, tale cioè da imporre o rendere plausibile la necessità di un trasferimento di funzioni al fine di garantire la effettiva attuazione delle norme di igiene e di sicurezza.

Sul punto si registrano due orientamenti: quello maggioritario, sulla base del dato testuale, propende per la non necessità di una struttura aziendale complessa ai fini del corretto conferimento della delega. D'altra parte si osserva che ritenere ormai superato il requisito dimensionale dell'impresa sembra contraddire lo spirito delle modifiche introdotte in materia di delega di funzioni con il d. lgs. 106/2009. A seguito di tale decreto, infatti, è stato modificato il comma 3 dell'articolo 16 d. lgs. 81/2008 con l'introduzione di un comma 3 bis – inedito -, in base al quale si presume l'assolvimento dell'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro «*in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*». Inoltre viene espressamente introdotto l'istituto della sub-delega. Orbene: tali modifiche in tanto si giustificano, in quanto si pensi che il legislatore abbia avuto presente un modello di organizzazione datoriale complessa che, appunto, giustifica il ricorso allo strumento della delega di funzioni solo se "necessaria" per l'assolvimento degli obblighi prevenzionistici.

9. L'accettazione per iscritto della delega.

L'accettazione **espressa e libera** della delega da parte del delegato, unitamente alla sua consapevolezza degli obblighi di cui viene a gravarsi, è stata sempre considerata dalla giurisprudenza di legittimità come requisito "soggettivo" necessario della delega **NOTA 90**

Il nuovo T.U. della sicurezza riconferma la necessità di tale requisito, richiedendo peraltro - per **esigenze di certezza ed a garanzia della consapevolezza degli obblighi in capo al delegato** - che la accettazione debba avvenire per **iscritto**.

10. La pubblicità adeguata e tempestiva della delega.

La **pubblicità** della delega determina un immediato vantaggio per il datore di lavoro che – in tal modo – chiarisce immediatamente il proprio ruolo di delegante ed un ulteriore vantaggio per gli inquirenti, che possono ricostruire prontamente la ripartizione dei ruoli all'interno dell'azienda e l'identità del soggetto incaricato di curare la sicurezza dei lavoratori.

Il nuovo T.U. della sicurezza (art. 16, comma 2), peraltro, richiede, che alla delega sia data **adeguata e tempestiva** pubblicità.

Quanto al requisito dell'**adeguatezza**, lo stesso può ritenersi soddisfatto nel caso in cui l'atto di delega sia assoggettato alla pubblicità prevista dagli artt. 2206 e 2209 cod. civ. (**iscrizione nel registro delle imprese**).

In particolare, l'art. 2206 cod. civ. stabilisce che: "*La procura con sottoscrizione del proponente autenticata deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese.*

In mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare".

L'art. 2209 cod. civ., aggiunge che: "*Le disposizioni degli artt. 2206 e 2207 si applicano anche ai procuratori, i quali, in base a un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposti ad esso".*

Deve, tuttavia, segnalarsi sul punto un **parere del Ministero dello sviluppo economico** (parere n. 31280 del 7 ottobre 2008) che sembrerebbe legittimare un'**interpretazione meno rigorosa del requisito dell'adeguatezza**, affermando che la pubblicità a terzi della delega di funzioni da parte del datore di lavoro, con riferimento agli adempimenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, non deve essere data mediante iscrizione della figura del delegato nel registro delle imprese, essendo invece sufficiente che se ne dia notizia all'interno del luogo di lavoro.

Quanto al requisito della **tempestività**, non offrendo il legislatore alcun elemento, dovrà ritenersi tempestiva la pubblicità dell'atto delega effettuata dal datore di lavoro delegante depositata presso il registro delle imprese il giorno stesso ovvero il primo giorno lavorativo successivo al conferimento della stessa; ovvero, ancora, dovrà considerarsi rispettato tale requisito nel caso in cui, anziché provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese, il delegante provveda - il giorno stesso ovvero il primo giorno lavorativo successivo al conferimento della delega - al suo invio, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, agli organi di vigilanza competenti per territorio.

11. La necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato.

E' il requisito delineato dal comma 3 dell'art. 16 d. lgs. 81/2008 e fa *pendant* con il correlato

divieto di ingerenza da parte del delegante nell'espletamento dell'attività del delegato.

La necessità che il delegante, per andare esente da responsabilità, svolga comunque attività di controllo e vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi assunti da delegato risponde all'esigenza di garantire che il datore di lavoro, una volta conferita la delega, non si disinteressa definitivamente delle modalità attraverso le quali il delegato svolge le proprie attribuzioni in materia.

Dopo il conferimento della delega, il datore di lavoro, per andare esente da responsabilità penale, non può invocare in suo favore il noto principio dell'affidamento, in quanto da un lato l'operatività del detto principio riguarda i fatti prevedibili e dall'altro esso comunque non opera nelle situazioni in cui sussiste una posizione di garanzia, come certamente è quella del datore di lavoro.

Quindi una delega perfetta dal punto di vista oggettivo e soggettivo non libera comunque il delegante dal dovere giuridico di controllare l'attuazione dei poteri conferiti e, nel caso in cui si accerti un non corretto adempimento degli obblighi prevenzionistici da parte del delegato, può residuare una *culpa in vigilando* a carico del delegante ove quest'ultimo abbia omissso il doveroso controllo sull'attività del primo.

11. La specificità della delega.

Non è un requisito menzionato dall'art. 16 d. lgs. 81/2008.

Tuttavia, è evidente che la delega, per essere valida, deve avere presupposti chiari, contenuti determinati e limiti individuati.

In altri termini, sarebbe inefficace una delega conferita dal delegante al delegato che avesse il seguente tenore: "*la S. V è delegata all'adempimento degli obblighi in materia antinfortunistica*", senza alcuna specificazione od indicazione dei poteri effettivamente conferiti (operativi; dispositivi; di spesa) nonché della descrizione puntuale della natura dei compiti attribuiti.

Diversa e più complessa è invece la questione della validità della cosiddetta delega *omnibus*.

Per tale deve intendersi l'atto di delega che comprenda "in generale" il trasferimento delle funzioni dal soggetto costituito originariamente garante della sicurezza dei lavoratori ad altro soggetto, delegato, all'esercizio delle funzioni medesime.

La soluzione al quesito dipende dall'interpretazione del testo normativo risultante dal combinato disposto degli artt. 16 e 17 del D.Lgs. n. 81/2008.

Orbene: lo stesso T.U., nelle disposizioni citate, escludendo la possibilità di ricorrere alla delega soltanto con riferimento ad una ristretta categoria di funzioni, mostra una chiara volontà del legislatore diretta ad ammettere la delegabilità per intero (appunto, *omnibus*) di quelle non menzionate, in particolare di tutti gli altri doveri (di prevenzione, assicurazione, sorveglianza, ecc.) imposti al datore di lavoro.

Quanto, infine, all'ulteriore questione, a quest'ultima connessa, riferibile alla ammissibilità di una delega "per intero" degli adempimenti prevenzionistici (salvo quelli in delegabili ex art. 17) operata "*per relationem*", ovvero indicando non specificamente gli adempimenti oggetto di delega, ma richiamando i riferimenti normativi impositivi di obblighi incombenti sul soggetto delegante, la soluzione non può che essere affermativa, purchè vengano rispettate determinate condizioni e precisamente che: a) la delega faccia riferimento puntuale ed espresso alla norma che richiama l'adempimento delegato, ovvero ad altro documento il cui contenuto risulti sufficientemente specificato nell'individuazione dell'obbligo e congruo rispetto all'esigenza di giustificazione propria dell'atto di delega che lo richiama; b) il riferimento indiretto contenuto nell'atto di delega fornisca la dimostrazione che il datore di lavoro - delegante ha preso cognizione del contenuto delle norma richiamata ovvero dell'altro documento di riferimento, ritenendo il contenuto coerente con la sua decisione di trasferire l'esercizio degli adempimenti delegati "*per relationem*"; c) il documento di riferimento sia conosciuto dal delegato o almeno a lui ostensibile.

12. Gli effetti della delega: la delega di funzioni e la delega materiale.

Riguardo agli effetti della delega, deve distinguersi tra delega "di funzioni" e delega "materiale".

La prima è l'unica ad avere efficacia liberatoria in presenza delle condizioni sopra indicate e consiste nell'assunzione - a titolo derivativo - da parte di un soggetto, di una serie di funzioni a lui assegnate da chi ne era in precedenza titolare.

Principio fondamentale in materia di delega di funzioni è che la delega in favore di un soggetto assume valore solo se gli organi deleganti – su cui incombe un dovere di vigilanza - siano incolpevolmente estranei alle inadempienze del delegato e non siano stati informati, assumendo un atteggiamento di inerzia e di colpevole tolleranza.

La problematica inerente la applicazione di tale istituto in ambito prevenzionistico si scontra con la posizione di garanzia, di per sé inderogabile, alla quale è vincolato il datore di lavoro.

La ripartizione degli obblighi di sicurezza tra datori di lavoro, dirigenti e preposti ha la propria fonte direttamente nella legge (c.d. imputazione originaria degli obblighi).

Da questa, si distingue l'ipotesi della delega di funzioni (c.d. imputazione derivata degli obblighi).

L'imputazione originaria è sufficiente, almeno in linea di principio a stabilire doveri e responsabilità per tutti i soggetti tenuti ad assicurare la salute e la sicurezza nell'ambiente di lavoro. Ma tale affermazione non è sempre vera, tenuto conto della particolare complessità che caratterizza l'organizzazione del lavoro e che conduce, spesso, ad individuare, all'interno di una struttura dotata di propria autonomia, una persona fisica dotata di poteri di autonomia idonei a gestire gli affari.

In queste situazioni lo stato di fatto – l'effettività – supera il mero dato formale della titolarità di una posizione di garanzia a titolo originario e l'imputabilità per le contravvenzioni

prevenzionali viene acclarata non in ragione della "carica" ricoperta ma facendo piuttosto riferimento al livello di autonomia decisionale e finanziaria realmente attribuita in corrispondenza della posizione occupata.

Dalla delega di funzioni, si distingue la "delega materiale".

Essa consiste nel mero incarico ad un terzo di eseguire materialmente alcune incombenze, come, ad esempio, la esecuzione di specifici atti rispetto ai quali viene al delegato trasferita non la competenza ma la legittimazione al compimento dei singoli atti rientranti nella competenza del delegante.

In tal caso, il delegante non si spoglia della posizione avente rilievo penale e resta il vero obbligato.

Tale incarico potrà essere valutato a suo favore solo in sede di colpevolezza.

Per quanto riguarda, infine, il **dovere di controllo** il delegante - datore di lavoro resta il garante primario dell'obbligo penalmente sanzionato, di cui è titolare per legge.

Nel momento in cui ha trasferito ad altri l'adempimento dei suoi doveri, egli assume così una posizione di garanzia autonoma ma derivata, assume il rischio dell'inadempimento del delegato e ne risponde se viene meno ai suoi nuovi doveri di controllo.

13. Gli obblighi del datore di lavoro non delegabili.

La precedente disciplina dettata dal D.Lgs. n. 626/1994 prevedeva per la prima volta alcuni adempimenti non delegabili.

L'art. 1 comma 4 - ter, del D.Lgs 626/1994, come novellato nel 1996 dal D.Lgs 242, testualmente prevedeva che: "*Nell'ambito degli adempimenti previsti dal presente decreto, il datore di lavoro non può delegare quelli previsti dall'art. 4 commi 1, 2, 4 lett. a) e 11 primo periodo*".

In sintesi, quindi, non erano delegabili:

- 1) la valutazione dei rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari;
- 2) l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi (DVR);
- 3) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), interno o esterno all'azienda;
- 4) l'autocertificazione per iscritto dell'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi e l'adempimento degli obblighi ad essa collegati (nel caso del datore di lavoro delle aziende familiari, nonché, delle aziende che occupano fino a dieci addetti).

Il nuovo decreto sulla sicurezza prevede espressamente (e con elencazione tassativa) che non sono delegabili dal datore di lavoro **due** soli obblighi in materia prevenzionistica.

L'art. 17 recita infatti che:

“1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività:

a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;

b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi. “

Dal raffronto tra le due disposizioni di legge, si evince quindi chiaramente che il nuovo T.U. sulla sicurezza amplia gli adempimenti delegabili, limitando la indelegabilità alle sole ipotesi prima rientranti nelle previsioni sub 1),2) e 3) del O.Lgs. n. 626/1994.

Sul tema dell'indelegabilità di determinati obblighi si segnala, peraltro, una delle prime decisioni della Suprema Corte NOTA 94, che ha esaminato la nuova disciplina dettata dal D. Lgs. n. 81 del 2008, evidenziando come tra gli obblighi del datore di lavoro non delegabili ex art. 17 del D. Lgs. in esame, neanche nell'ambito di imprese di notevoli dimensioni, rientrano: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza, necessaria per la redazione del documento previsto dall'art. 28 del D. Lgs., che contiene non soltanto l'analisi valutativa dei rischi, ma anche l'indicazione delle misure di prevenzione e protezione attuate; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi (RSPP).

A ben vedere può **discutersi** circa la **effettiva indelegabilità** dell'obbligo di cui alla lett. b) dell'art. 17, in particolare laddove esclude che il datore di lavoro possa delegare *«la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi»*.

Una possibile deroga al dogma dell'indelegabilità della designazione del responsabile servizio di prevenzione e protezione parrebbe costituita dall'art. art. 31, comma 8, D.Lgs. n. 81/2008.

Tale disposizione, com'è noto, prevede che *«8. Nei casi di aziende con piu' unita' produttive nonche' nei casi di gruppi di imprese, puo' essere istituito un unico servizio di prevenzione e protezione. datori di lavoro possono rivolgersi a tale struttura per l'istituzione del servizio e per la designazione degli addetti e del responsabile»*.

Lo scopo della nuova disposizione è chiaro: il legislatore ha reputato opportuno prevedere la possibilità per le "aziende con più unità produttive" ovvero per i "casi di gruppi di imprese" di istituire una "struttura centralizzata" chiamata a svolgere i compiti spettanti al servizio di prevenzione e protezione.

Ad un'attenta esegesi della disposizione normativa, la novità della previsione è duplice: da un lato, infatti, la norma prevede l'istituzione di un servizio di prevenzione e protezione "unico", qualificandolo come "struttura"; dall'altra, prevede che questa "struttura - SPP", una volta istituita, possa svolgere, a richiesta dei datori di lavoro di tali imprese, un'attività di consulenza sia quanto all'istituzione del SPP che per fornire indicazioni in ordine alla "designazione" degli addetti e del responsabile del SPP.

La particolarità della questione non sfugge all' interprete.

Ed infatti, mentre, da un lato, la norma contempla la mera possibilità e non l'obbligo di istituzione di un SPP "*centralizzato*", dall'altro, la stessa disposizione di legge attribuisce ai "*datori di lavoro*" un'analoga possibilità di rivolgersi a "*tale struttura*" (ovvero, all'unico servizio di prevenzione e protezione) per l'istituzione del servizio o per la designazione dell'RSPP. Il che, ad un'attenta analisi, potrebbe apparire un controsenso, laddove si prevede, da una parte, l'istituzione di un SPP unico e, dall'altra, che al medesimo SPP (denominato, stavolta, come "struttura") i datori di lavoro si rivolgano per istituire un SPP, non essendo chiaro il rapporto tra il SPP unico istituito e il SPP "struttura" cui si rivolge per istituire un SPP.

La deroga ai principi generali parrebbe evidente: i datori di lavoro delle singole unità produttive, pur responsabili, anziché provvedere direttamente - come loro imposto dall'art. 17, co. 1, lett. b) - alla "designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi", possono rivolgersi a tale struttura centralizzata per la designazione ovvero per procedere alla stessa istituzione del SPP presso l'unità produttiva.

14. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 106/09 in tema di delega di funzioni: modalità di attuazione dell'obbligo di vigilanza...

Come noto, il testo originario del 3° comma dell'art. 16 d. lgs. 81/2001 precisava che la delega di funzioni non escludeva l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite e che tale vigilanza poteva essere esplicata anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui al successivo quarto comma dell'art. 30 D.Lgs. n. 81 del 2008 e cioè attraverso i sistemi di controllo sull'attuazione del modello organizzativo e gestionale, adottato ai fini dell'esenzione della responsabilità amministrativa degli enti ex D.lgs. n. 231 del 2001.

L'art. 12 della novella è intervenuto proprio sul terzo comma del citato art. 16 del Testo Unico, modificandone l'ultimo periodo. In tal senso la norma ora prevede che l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro sull'effettiva e corretta attuazione della delega «*si intende assolto*» in caso di adozione «*ed efficace attuazione*» del modello di verifica e controllo di cui al quarto comma del citato art. 30.

In tal modo il legislatore ha voluto rendere meno ambigua la formulazione previgente, ma al contempo ha cercato di corrispondere alle richieste di definire in maniera certa una sorta di limite alla responsabilità del datore di lavoro, soprattutto nell'ambito delle organizzazioni d'impresa.

Nella sostanza il contenuto della modifica normativa si risolve pertanto nell'ulteriore possibilità di delegare proprio la funzione di controllo sul delegato, trasferendola in capo agli organi preposti alla verifica del modello di gestione (di norma l'Organo di Vigilanza).

Peraltro la valenza liberatoria dell'esercizio di tale facoltà è stata sottoposta a precisi limiti dalla novella, alcuni espliciti, altri impliciti. Sotto il **primo profilo** espressamente l'art.12 non solo richiede che sia adottato il modello di verifica e controllo quale parte integrante di quello

organizzativo e gestionale, ma altresì che esso venga efficacemente attuato. Ciò implica non solo la valutazione *ex ante* dell'astratta idoneità del modello a consentire una efficace verifica del funzionamento del modello gestionale, ma altresì quella *ex post* della concreta applicazione del medesimo.

Con riguardo al **secondo profilo**, va invece osservato che il modello organizzativo deve prendere in considerazione, nella sua configurazione, l'esistenza e il contenuto delle deleghe rilasciate all'interno dell'azienda, stabilendo che i protocolli di controllo – contenuti nel modello organizzativo - si conformino di conseguenza. Ciò ad esempio comporta la necessità di prevedere nel protocollo di vigilanza l'obbligo dei controllori di informare tempestivamente il delegante in caso di violazione della delega. Non solo è necessario che, qualora il modello organizzativo non sia già stato calibrato con riguardo alla prevenzione dei reati in materia di infortuni sul lavoro, si provveda in tal senso, proprio al fine di adeguare il sistema di vigilanza allo specifico oggetto del controllo.

Alla luce di quanto illustrato emerge altresì il profilo del residuale ambito delle **responsabilità del datore di lavoro**, che non può comunque disinteressarsi del concreto svolgimento delle funzioni delegate. Infatti, per un verso, laddove il modello di controllo si rivelasse inidoneo ovvero risultasse attuato in maniera insufficiente egli non sarebbe esonerato dall'obbligo di vigilanza, mentre per l'altro, qualora l'efficace funzionamento dei meccanismi di controllo dovesse evidenziare le eventuali mancanze del delegato, parimenti sul datore di lavoro tempestivamente informato graverebbe un onere di intervento per porre rimedio alla situazione, considerato che la novella consente esclusivamente di trasferire sul sistema di controllo l'obbligo di vigilanza, ma non quello di sopperire all'inefficienza del delegato.

15. ... (segue) la subdelega.

Sempre il menzionato art. 12 D.Lgs. n. 106 del 2009 introduce inoltre dell'art. 16 del Testo Unico l'inedito comma 3-bis nel quale viene disciplinata la facoltà di subdelega. La disposizione citata conferisce al soggetto delegato ai sensi del primo comma dello stesso art. 16 la possibilità di delegare a sua volta le funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Tale atto deve naturalmente riguardare solo le funzioni oggetto della delega conferita al subdelegante. In altri termini l'eccezionale facoltà di delegare competenze in questa materia configurata nell'art. 16 continua ad essere attribuita in via esclusiva al datore di lavoro e non agli altri soggetti eventualmente destinatari in via diretta di obblighi in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro. Questi ultimi possono per l'appunto subdelegare ad altri solo gli obblighi cui a loro volta erano stati delegati dallo stesso datore di lavoro e di cui avevano dunque assunto la titolarità in via derivata.

Ma rispetto alla delega di primo grado, quella di secondo grado presenta una importante differenza. Infatti, oggetto della stessa non può essere la generalità delle funzioni trasmesse al delegato primario dal datore di lavoro, bensì solo specifici adempimenti che devono dunque essere con precisione indicati nell'atto di delega. Il quale poi, per espressa volontà della disposizione in commento, deve rispondere ai medesimi requisiti dettati per la delega primaria e che in precedenza sono stati illustrati.

La novella poi impone al subdelegante l'obbligo di vigilare sul corretto adempimento della delega, senza peraltro replicare la clausola liberatoria che come si è visto è stata introdotta al terzo comma dell'art. 16. Dunque, mentre il datore di lavoro può in proposito affidarsi ai sistemi di controllo già costituiti nell'impresa a prevenzione del rischio di reati, la stessa facoltà non viene attribuita al subdelegante. Al subdelegato, invece, la norma in commento vieta espressamente ogni ulteriore delega. In definitiva il legislatore sembra consapevole dell'esigenza di evitare una eccessiva diluizione degli obblighi di prevenzione e dunque pone un limite invalicabile all'ulteriore trasferimento delle relative funzioni. Ed in tal senso va interpretata anche l'ulteriore clausola posta dalla novella per la validità della subdelega e cioè che questa venga conferita d'intesa con il datore di lavoro e cioè dell'originario titolare degli obblighi trasferiti. Tale condizione peraltro configura l'obbligatoria ingerenza dello stesso datore di lavoro nella scelta del subdelegato e dunque pone più di qualche problema sul piano della ripartizione delle responsabilità tra datore di lavoro-delegante e delegato-subdelegante per l'ipotesi che il soggetto cui è stato definitivamente trasferito l'obbligo non vi adempia.