

## **Capitolo II**

### **Individuazione e centralità del datore di lavoro nella nuova normativa di salute e sicurezza dei lavoratori**

Il Testo unico della salute e sicurezza sul lavoro, frutto del d.lgs.81/2008 integrato e corretto dal d.lgs.106/2009 e arricchito dagli interventi legislativi successivi, nel suo intento di massima esaltazione della salute e della sicurezza dei lavoratori, offre una visione globale ma puntuale della materia e consegna opportune chiavi di lettura, in base ai diversi punti di osservazione.

Una delle angolazioni prospettiche, oggetto di possibile valutazione, è la sicurezza dal lato del datore di lavoro, primo tra i soggetti responsabili destinatari della normativa de qua, al fine di consentire una comprensione non limitata ma aperta a nuovi spunti riflessivi.

Tale capitolo si propone perciò di analizzare tale figura, mediante un attento procedimento di identificazione e qualificazione, e di tracciarne, secondo un andamento che va dal generale al particolare, dalla dimensione privata a quella pubblica, i caratteri peculiari e distintivi.

In linea con le indicazioni del d.lgs.81/2008 e in particolare con l'art. 2 c.1 lett. b) dello stesso, si profila un'immagine di datore di lavoro nuova, che è plasmata secondo le istanze e le aspirazioni di maggiore tutela della salute e della sicurezza, in un ambiente come quello del lavoro ad alta esposizione ad infortuni e rischi all'integrità fisica e morale, e necessariamente assoggettabile ad un continuo controllo.

La conferma della presenza costante del datore di lavoro in materia prevenzionistica è suggerita anche dal secondo tema di trattazione: la delega delle funzioni.

La soluzione della questione di individuazione, infatti, è propedeutica e precede logicamente e giuridicamente quella eventuale della delega di funzioni:

una inerente alla ripartizione di obblighi di derivazione legale tra individui con specifica qualifica, l'altra all'ipotesi di trasferimento a terzi di obblighi originariamente diretti ad altro soggetto.

Dopo aver reperito nell'impresa il soggetto destinatario del precetto penale come titolare della posizione di garanzia verso il bene protetto, possono comprendersi gli incarichi da lui affidati e le ragioni di impiego dello strumento della delega.

Ulteriore occasione della sua perpetuatio silenziosa ma energica, mostra come, anche in situazioni di traslazione del debito prevenzionistico in capo ad altri soggetti, il datore di lavoro mantenga un potere di forte vigilanza e controllo tale da non abbandonare mai completamente la posizione di garanzia da lui ricoperta.

Il presente istituto, confezionato attualmente dagli artt. 16 e 17 d.lgs. 81/2008 come integrato dal d.lgs.106/2009, è ricostruito nella sua evoluzione giurisprudenziale e nel suo iter legislativo alla luce dei vari orientamenti dottrinali in materia.

Descritto nei suoi requisiti essenziali di validità ed efficacia, è calato nel suo ambito di applicazione generica e specifica con riferimento ai particolari contesti lavorativi, e si declina ulteriormente nella disciplina della subdelega, argomento di ampio dibattito per la sua ammissibilità e il suo livello di estensione.

## **2.1. Definizione e contestualizzazione del datore di lavoro**

Il diritto del lavoro nel corso della sua nascita ed evoluzione ha sempre mostrato evidente e maggiore attenzione nei confronti del prestatore di lavoro, trascurando l'altra parte: il datore di lavoro, spesso relegata in una posizione di indifferenza.

La ragione giustificatrice di un tale atteggiamento si rinviene nell'identità della materia, dotata di una caratterizzazione tipica protettiva e volta a riequilibrare i rapporti tra i contraenti, attraverso un apparato di tutela che individua solo il beneficiario e si impegna a garantirgli adeguata protezione.

Il sé del diritto del lavoro è legato alla natura subordinata della prestazione di lavoro, il quantum invece al datore di lavoro, che determina la natura della disciplina del rapporto<sup>20</sup>.

Nella fase iniziale, dunque, la figura del datore di lavoro risulta individuata nelle sue connotazioni speciali volta per volta dal legislatore, mentre in quelle generali in negativo a partire dal carattere della subordinazione. Quest'ultima è desunta dal codice civile, che fornisce la nozione di contratto di lavoro mediante il prestatore di lavoro subordinato all'art. 2094 c.c., e si riferisce al prestatore di lavoro e all'imprenditore all'art. 2082 e 2083 c.c., confermando l'irrilevanza della controparte datoriale<sup>21</sup>.

Su tale scia, la mancanza di definizioni espresse, si registra, salvo eccezioni, anche nella stessa legislazione speciale che si avvale del termine "datore imprenditore e non" o rinvia a "chi è titolare dell'impresa" senza specificarne i caratteri<sup>22</sup>.

Le varie trasformazioni sociali, politiche e economiche nel tempo hanno sensibilmente rovesciato l'impostazione tradizionale, rendendo possibile in in vari casi che il datore e non il lavoratore diventi il fatto costitutivo del diritto

20 Barbera M.(2010), Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole di diritto in GDLRI n.2/2010 p. 203

21 AA.VV.(2009), La figura del datore di lavoro, articolazioni e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona , dieci anni dopo. Atti del XVI Congresso Nazionale di diritto del lavoro. Aidlass, Catania 21- 23 maggio 2009 .Milano: Giuffrè p. 93 e Lazzari C.(2012), Datore di lavoro e obbligo di sicurezza in I Working Papers di Olympus n 7/2012, p.2

22 Speciale V.(2010), Il datore di lavoro nell'impresa integrata in GDLRI, n.1/2010 p.12

del lavoro e determinando la frammentazione e l'esternalizzazione del ciclo produttivo, con una conseguente disarticolazione spaziale esterna ed interna di tale rinnovata figura.

Nonostante tutto, non ci sono sostanziali cambiamenti neppure nei decreti presidenziali degli anni '50 del secolo scorso.

Nel D.P.R. del 1955 n.547 (norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro) all'art. 4 si dà solo ancora una definizione indiretta di datore di lavoro precisando che "i datori, i dirigenti e i preposti organizzano, dirigono e sovrintendono nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, allo svolgimento del lavoro subordinato", definendo gli obblighi che gravano sui vari soggetti e dando solo la nozione di lavoratore subordinato.

In tale D.P.R. e nel D.P.R. 1956 n.303 (in materia di salute e sicurezza sul lavoro) si individuava la figura del datore di lavoro mediante il criterio civilistico di natura formale, facente capo alla titolarità dei rapporti di lavoro o alla rappresentanza dell'ente; impostazione fatta propria inizialmente dallo stesso diritto del lavoro, ma non soddisfacente ai fini prevenzionistici.

Il sistema di prevenzione richiede, infatti, una ricostruzione delle posizioni soggettive di obbligo più aderente al dato sostanziale, rappresentato dal concreto esercizio dei poteri e dall'incidenza sulle fonti di rischio, per neutralizzarne e minimizzarne l'offensività.

Ambisce alla creazione di un soggetto datoriale, investito della responsabilità dell'impresa e dell'unità produttiva e dotato di autonomia contrattuale con prerogative decisionali e di spesa.

La necessità della configurazione di un datore di lavoro, che sia primo destinatario dell'obbligo di sicurezza, organizzatore dell'attività produttiva e capace di un effettivo controllo giuridico e fattuale sulla salute e sulla sicurezza di coloro che sono a lui legati da rapporti organizzativi, si collega d'altronde al

rilievo che la Costituzione e l'ordinamento comunitario danno alla tutela di salute, sicurezza ed integrità fisica e psichica del lavoratore, così da giustificare gli ulteriori interventi normativi in tal senso.

In ambito comunitario, vale soffermarsi sulla legislazione in materia di sicurezza che, ribadendo con forza l'attualità delle ragioni costitutive del diritto del lavoro e della tutela del lavoratore, definisce la figura in questione nella direttiva 89/391 CEE<sup>23</sup>, all'art.3 lett. b) per cui "è datore di lavoro la persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento".

Questa definizione comunitaria ha il limite di essere una nozione astratta per l'inapplicabilità alle realtà aziendali, in cui è rara la coincidenza fisica tra i soggetti indicati, specie laddove si richiede diversificazione, e contraddittoria quando richiama la persona giuridica che non può essere destinataria di precetti penali e sanzioni per il principio "*societas delinquere non potest*"<sup>24</sup>.

Dalla stessa non deriva alcun dato di ancoraggio dell'imputazione di responsabilità che vada oltre il primo stadio di determinazione per relationem in base a precisi requisiti ossia la titolarità del rapporto e la responsabilità dell'impresa e/o dello stesso stabilimento<sup>25</sup> ed inevitabilmente risulta indeterminata sia per la sua natura di direttiva sia per l'incidenza su una materia nella quale gli stati membri sono restii a dismettere le proprie prerogative. In ambito nazionale, attuazione della direttiva 89/391 CEE, è il d.lgs. 626/1994 modificato dal d.lgs. 242/1996, che all'art. 2 c.1 lett. b) offre

23 "attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e salute dei lavoratori durante il lavoro"

24 Padula A.(2010)Il datore di lavoro nel settore privato in Tutela civile e penale della sicurezza sul lavoro-Testo unico 9 aprile 2008 n.81 con le modifiche del decreto correttivo 3 agosto 2009 n.106.Wolters Kluwer -Italia, cit. p.37

25 Riccardi A.(2010), La tenuta della nuova nozione nel sistema generale di gestione dei rapporti di lavoro di lavoro pubblico nel sistema comunitario in Legislazione prevenzionale e polimorfismo della figura datoriale nelle pubbliche amministrazioni in LPA ,n.2/2010 p. 360

una definizione più evoluta per il settore privato e pubblico.

Per questa fase della trattazione, sarà necessaria l'indicazione sul datore di lavoro privato presente nella prima parte della norma: "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva, quale definita ai sensi della lettera i) in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa".

Il d.lgs.626/1994 abbandona l'unitarietà e distingue tre livelli:

- il titolare del rapporto di lavoro identificato nel legale rappresentante dell'impresa,
- il responsabile dell'impresa variabile per tipo ed organizzazione aziendale,
- il responsabile dell'unità produttiva titolare di poteri di spesa e decisionali.

Recepisce criticamente gli orientamenti giurisprudenziali andando oltre, ed offre un indice presuntivo utile per individuare, nei casi dubbi, il datore di lavoro in colui che abbia il potere di decidere in via definitiva l'effettuazione delle spese necessarie per creare e attuare il sistema previdenziale.

In un processo misto di continuità e superiore precisione definitoria - contenutistica con il decreto legislativo sopra citato, si colloca il d.lgs.81/2008, attuale ed ufficiale normativa per la materia di sicurezza sul lavoro a disposizione dei lavoratori.

Esso rielabora in forma nuova, nella cornice dell'art.2 c.1 lett. b), il concetto di datore di lavoro in ambito pubblico e privato, superando dubbi e imprecisioni espositive e fornendo un quadro di riferimento più chiaro. Non pone problemi di coerenza con l'art. 3 lett. b) della direttiva 89/391 e l'allargamento da esso operato dà effettività al sistema prevenzionale, dal momento che rappresenta il livello più alto di protezione che la direttiva comunitaria prevede possa essere

stabilita dagli ordinamenti interni (art.1 c.3)<sup>26</sup> .

Si è discusso di una definizione di datore di cui al d.lgs.81/2008 che si distingue da quella dell'art. 2094 c.c. <sup>27</sup>, ma in realtà la combinazione tra tali definizioni e le altre disposizioni dello stesso decreto legislativo consente di affermare un concetto di datore peculiare identificato con il titolare dell'organizzazione nel cui contesto operano lavoratori che, al di là del titolo contrattuale e dell'inserimento in tale organizzazione, possono subire danni dal contatto con l'ambiente di lavoro e dall'esecuzione delle prestazioni.

La prima parte di tale norma, riproponendo stilisticamente l'omonimo art.2 del d.lgs.626/1994, qualifica il datore di lavoro privato in tali termini: “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 sua attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”.

L'art.2 c.1 lett. b) conferma quanto elaborato con il precedente decreto legislativo per la contrapposizione tra il titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore ed il soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione o dell'unità produttiva in quanto esercita poteri decisionali e di spesa, e adotta un criterio formale - funzionale sintetizzando dato formale e sostanziale.

Risultano due tipologie diverse di datore di lavoro: un datore principale e un datore di lavoro derivato<sup>28</sup>.

Il primo è di regola titolare dell'azienda ovvero del “complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico e privato” e il titolare del rapporto

<sup>26</sup> “la presente direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali e comunitarie vigenti o future più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro”

<sup>27</sup> Speciale V. op. cit. , p.14

<sup>28</sup> Bellina M.(2011), Legislazione antinfortunistica : il datore di lavoro privato in DPL vol.28, fasc.37/2011,p. 2175 ss

(persona fisica o giuridica) considerato automaticamente responsabile, in quanto si presume *iuris et de iure* che sia dotato di poteri e risorse adeguate all'attività dell'impresa.

La giurisprudenza ha affermato in tale direzione che il datore di lavoro “ha una funzione formale tale da essere di per sé portatrice di responsabilità antinfortunistica, salvo apposita delega ad altri o, nel caso di più titolari, a meno che non si accordino per una divisione, accollandosi solo alcuni compiti come sovrintendere all'osservanza delle relative norme antinfortunistiche”.

Per quanto concerne il secondo non è necessario essere titolari del rapporto di lavoro per essere datori di lavoro ai fini della prevenzione : i requisiti della titolarità del rapporto e della responsabilità dell'impresa non sono cumulabili, ma alternativi nell'individuazione dei soggetti responsabili.

Questo datore di lavoro derivato coincide con il responsabile dell'unità produttiva cioè dello stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni e all'erogazione di servizi con autonomia finanziaria e tecnico- professionale (art. 2 c.1 lett. t).

La norma senza dubbio segna il divorzio tra strumentazione civilistica e materia prevenzionistica.

Nella teoria civilistica prospettare una pluralità di datori di lavoro appare strano, dal momento che l'imputazione datoriale è condotta mediante la modalità classica che valorizza la titolarità formale del rapporto in cui il datore di lavoro è unico; nella disciplina prevenzionistica il canone di effettività consente una moltiplicazione di figure e di soggetti, che del datore hanno le prerogative di massima consistenza e condividono con lui porzioni dell'obbligo di tutela, tanto da parlare di codatorialità.

In base alla seconda impostazione l'individuazione del datore di lavoro ai fini della sicurezza va effettuata non sulla base di formalità giuslavoristiche, quanto

sull'analisi della concreta "organizzazione aziendale", riferita alle possibili ramificazioni in unità produttive e sostitutiva dell'"impresa" e sulla centralità di un soggetto effettivo titolare del potere di determinarla e modificarla.

Capo dell'impresa e maggior detentore del potere organizzativo e direttivo, tale soggetto svolgerà un'attività teleologicamente orientata agli obiettivi produttivi e di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Nelle imprese individuali è agevole il processo di identificazione datoriale dal momento che i due criteri convergono e coincidono con il legale rappresentante, più complesso in quelle collettive in cui i poteri gestionali sono attribuiti a più soggetti o ad organi collegiali, nell'ambito dei quali occorre individuare il soggetto qualificabile come datore di lavoro per la sicurezza.

Se le norme statutarie attribuiscono collegialmente l'amministrazione all'intero consiglio di amministrazione, ognuno dei membri avrà la qualifica datoriale, allo stesso modo nelle società di persone in cui sono previsti più amministratori, ognuno dei quali sarà gravato di responsabilità prevenzionali verso gli altri soci, ove svolgano attività lavorative. In relazione alle società di capitali la Corte di Cassazione si è ampiamente pronunciata ha stabilito che i componenti del consiglio di amministrazione in tali società hanno la gestione e l'organizzazione dell'attività di impresa, rivestono la qualifica di datore di lavoro e assumono la comune posizione di garanzia<sup>29</sup>. Ha ribadito inoltre che nelle imprese gestite da società di capitali gli obblighi di prevenzione, infortuni e igiene sul lavoro, posti a carico del datore di lavoro dalla legge, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione<sup>30</sup>.

Nella vigenza del d.lgs.626/1994, la dottrina esaltava il dato fattuale su quello

29 Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2010, n.43786 in Cass. Pen., vol.51, fasc.5/2011 p.1712 ss e in Guariniello G.(2011), Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza. Aggiornato con le sentenze sui d.lgs.81/2008 e 106/2009.Ipsoa-Wolters Kluwer p. 12

30 Cass. Pen., sez IV ,4 novembre 2010,n.38991 in <http://olympus.uniurb.it> e in Guariniello G.,op. cit., p.13

nominal -fattuale e aveva mutuato da parte della giurisprudenza penalistica un primigenio principio di effettività inteso come effettivo possesso ed esercizio di funzioni di sicurezza, utile per individuare la responsabilità in materia.

Il legislatore del T.U.S.L. del 2008 mostra consapevolezza dell'alto tasso di informalità della materia e nella definizione usa l'avverbio "comunque" per dare prevalenza proprio all'elemento fattuale, nelle ipotesi di dissociazione tra datore titolare formale del rapporto e datore sostanziale, responsabile dell'organizzazione.

La Cassazione Penale, a conferma di tutto ciò, sostiene che l'art.2 d.lgs. 626/1994 novellato dal d.lgs.262/1996 pone l'accento per individuare il datore di lavoro non tanto sulla titolarità del rapporto di lavoro, quanto sulla responsabilità dell'impresa, sull'esistenza di poteri decisionali e fa leva sulla situazione di fatto: alla titolarità di poteri di organizzazione e gestione corrisponde il dovere di predisporre le necessarie misure di sicurezza.

Tale configurazione di ruoli e responsabilità nell'organizzazione del lavoro si rinviene pure nel T.U.S.L. che ha compiuto un'estesa opera definitoria senza modificare i tratti delle figure indicate<sup>31</sup>. Dal riconoscimento della preminenza del criterio sostanziale conseguente alla derivazione della posizione di garanzia dal potere in concreto posseduto, si perviene perciò alla consacrazione del "principio di effettività". Esso innerva l'intero sistema prevenzionistico ed ispira l'attività del legislatore del d.lgs.81/2008 che lo codifica negli articoli 2 e 299. Il principio di effettività informa il concetto di datore di lavoro, non solo formale ma anche sostanziale, collegato all'esercizio e non alla titolarità dei poteri, individuanti non nell'impresa, ma nell'organizzazione la dimensione di riferimento. L'individuazione del datore di lavoro e degli altri soggetti responsabili di sicurezza avviene secondo tale principio, che conduce ad una

31 Cass. pen., sez IV,7 maggio 2010, n.17581 in <http://olympus.uniurb.it> e indicazioni a riguardo in Guariniello G. op. cit., p.12

ripartizione di responsabilità basata su un modello aderente al singolo caso concreto e capace di dare ampio spazio all'effettivo esercizio di poteri gestori del soggetto agente.

Se parte della dottrina ammette anche l'esercizio temporaneo ed occasionale del nucleo delle funzioni essenziali corrispondenti alle singole posizioni di garanzia, è preferibile un ricorso al canone di effettività che non insista solo sulla valorizzazione di condotte episodiche, ma imponga approfondimenti sui processi di ripartizione di poteri e prerogative incidenti sulla gestione e l'organizzazione del lavoro. Lontano da ricostruzioni aprioristiche, il criterio di effettività<sup>32</sup> analizza le interrelazioni tra i poteri e le facoltà dei vari protagonisti della vicenda senza confondersi con l'esercizio materiale ed accidentale di alcune prerogative e presuppone la scomposizione del singolo modello relazionale formatosi nel contesto aziendale ed espresso in una ripartizione intersoggettiva a cascata del debito prevenzionistico.

Al vertice della scala gerarchica c'è il datore di lavoro, in posizione di comando, titolare di poteri più estesi direttivi e primo debitore di sicurezza ai sensi art. 2087 cc., nei livelli sottostanti invece si posizionano gli altri soggetti tributari di una frazione delle prerogative datoriali in rapporto al quantum di poteri conferiti: dirigenti, preposti e, in minor misura, i lavoratori.

Tale scomposizione a cascata realizza una costruzione, atta a soddisfare l'obiettivo secondo una logica biunivoca tra prerogative assegnate al soggetto e quota di obbligo a questi imputata. Se il canone di effettività, come criterio di assunzione del debito fra le varie figure nelle strutture organizzate, viene concepito assumendo il modello tipico e socialmente prevalente formato da competenze di carattere organizzativo e gestionali secondo la linea gerarchica verticale, non di meno si caratterizza in ragione di un *quid pluris*.

32 Sull'argomento Timellini C.(2012),Compiti di prevenzione :individuazione dei soggetti responsabili in DPL,vol.29,fasc.2/2012,p. 98 ss

L'elemento aggiuntivo consiste nell'imporre all'interprete di ripetere in concreto il giudizio astratto, mediante una puntuale indagine vertente sull'attribuzione ad un dato soggetto dei poteri che individuano e qualificano il suo ruolo.

Referente normativo di tale principio oltre all'articolo 2 c.1 lett.b), è l'articolo 299 rubricato "esercizio di fatto dei poteri direttivi" secondo cui: "Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2 comma 1 lett. b),d) ed e) gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti".

Tale norma ribadisce il valore dell'effettività come criterio di imputazione e impone uno sguardo attento non alle qualifiche formali, ma all'esercizio in via di fatto di poteri corrispondenti, per cui è responsabile chi svolge concretamente funzioni il cui esercizio è indicato nella norma.

Costituisce fondamento dell'obbligo giuridico di attivarsi previsto all'art.40 c.2 c.p.<sup>33</sup>, dà centralità al principio di legalità e menziona la regolare investitura, per conferire una posizione di garanzia anche a chi si ingerisca nella gestione in base ad un atto di preposizione invalido, per mancata pubblicità o irregolarità della delibera o implicito desumibile da delibere con oggetto diverso.

L'articolo 299 risente delle varie teorie dibattutesi su tale principio: la teoria civilistica evidenzia come l'ancoraggio formale della posizione di garanzia permette di non snaturare il principio di tassatività ed evita lo scivolamento verso il basso della responsabilità; invece la concezione autonomistica rileva che solo guardando alle funzioni si garantisce la protezione al bene tutelato, dal momento che una teoria solo formale può delineare la responsabilità di posizione in violazione al principio di personalità; la teoria organica tiene conto di qualifiche e funzioni, dal momento che le prime non sono nozioni

<sup>33</sup> "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo"

naturalistiche, ma vanno tradotte in concreto secondo le regole interne dell'organizzazione aziendale.

La disposizione del d.lgs. 81 introduce una clausola di equiparazione tra investitura formale ed esercizio di fatto di poteri corrispondenti e decreta l'idoneità del funzionalismo come ribadito dalla sentenza della Cassazione Penale<sup>34</sup> che assevera il parziale recepimento della teoria funzionalista nel T.U.S.L., con conforto delle altre decisioni della Corte di Cassazione in materia di individuazione dei destinatari degli obblighi di prevenzione e protezione dei lavoratori.

In definitiva il principio di effettività supera la titolarità cartolare e considera le mansioni concretamente svolte e non le attività materiali, per evitare di colpire solo il “parafulmine”<sup>35</sup> cioè chi possiede solo la qualifica formale senza poteri o che di fatto li ha assunti, perché costretto e senza retribuzione, elaborandosi il concetto di datore di lavoro di fatto.

Delle violazioni delle norme antinfortunistiche risponde non solo chi non le osserva o non le fa osservare essendovi tenuto, ma anche chi pur non avendo una veste istituzionale formalmente riconosciuta, si comporta di fatto come se l'avesse e impartisce ordini da cui il lavoratore subisce danni per mancato rispetto della normativa di sicurezza. In base al principio di effettività si perviene perciò alla nozione di datore di lavoro di fatto o dirigente di fatto<sup>36</sup>. L'art.2 c.1 lett. b) contiene inoltre un importante richiamo ai “poteri decisionali e di spesa”, riferibile alla capacità di decisione e di spesa spettante

34 Cass. pen. sez. III, 28 dicembre 2009, n.49580 in <http://olympus.uniurb.it>, e indicazioni in Guariniello G., op.cit., p.554

35 Brunelli R.(2010)L'art.299: l'effettività” quale criterio di imputazione in Zoppoli L.,Pascucci P.,Natullo G.(2010)(a cura di)Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori ,commentario al d.lgs. 9 aprile 2008 n.81 aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2009 n.106.Ipsoa-Wolters Kluwer. cit. p. 284

36 Così dispone la Cassazione penale, sezione IV con la sentenza del 30 aprile 2008 n.17514 come risulta dal commento di Guariniello G., op.cit., p.555

al soggetto con riguardo all'organizzazione nella sua totalità ovvero ad una sua unità produttiva, e non al conferimento di una potestà decisionale e finanziaria limitata all'adozione delle misure concernenti la salute e la sicurezza del lavoro. Ha funzione selettiva rispetto ad ascrizioni formali ed è espressione di attribuzioni che qualificano il soggetto che li esercita come datore di lavoro perciò, spesso ma non sempre, l'autonomia finanziaria e decisionale appartiene a chi riveste un ruolo apicale nell'impresa o dell'attività. La dissertazione sulla figura del datore di lavoro privato si completa con ulteriori indicazioni in merito alla sua individuazione. La questione si pone in particolar modo nelle imprese di grandi dimensioni in cui appare più arduo stabilire chi sia il soggetto che su di sé assume in via immediata e diretta la posizione di garanzia.

Non si può individuare tale soggetto in automatico in colui che o in coloro che occupano posizioni di vertice, ma occorre un accertamento puntuale della gerarchia di responsabilità nell'apparato strutturale, così da verificare la predisposizione di un idoneo organigramma dirigenziale e esecutivo.

Il suo corretto funzionamento evita forme di responsabilità oggettiva rispetto a situazioni ragionevolmente non controllabili, perché devolute alla cura di altri soggetti ed esonera l'organo di vertice da quelle di livello intermedio e finale. Sul tema si esprimono in modo contrapposto due orientamenti: uno, frutto di una concezione marcatamente funzionalistica e improntato al principio di effettività ritiene che l'identificazione prescindendo dalla qualifica rivestita, prevalgono le funzioni in concreto esercitate rispetto alla carica formale attribuita, ma ferma resta la responsabilità in capo all'organo di vertice per difetti strutturali; l'altro considera non solo il criterio delle mansioni di fatto, ma anche gli atti formali, espressione di precise iniziative e scelte di vertice.

Il d.lgs. 81/2008 ha optato per la seconda posizione prospettando la responsabilità altresì di chi ha la qualifica formale.

Ai fini identificativi del datore di lavoro è significativa anche la figura del cd

“dirigente responsabile dell’unità produttiva<sup>37</sup>”, ambiente definito all’art.2 c.1 lett. t) come “lo stabilimento o la struttura finalizzati alla produzione di beni e all’erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico-funzionale”. Il titolare dello stabilimento adempie i suoi obblighi sia in conformità con il dettato normativo, che rintraccia il datore di lavoro proprio nel responsabile dell’unità produttiva, sia in modo corretto perché lo stesso responsabile è proprio colui che ha piena conoscenza dei rischi a cui sono soggette le attività lavorative.

Nella stessa azienda si distinguerà un datore di lavoro in senso giuslavoristico (titolare del rapporto di lavoro) da uno o più datori in senso prevenzionale. La qualificabilità come datore di lavoro ai fini della sicurezza di chi dirige l’unità produttiva e la sua responsabilità è condizionata dalla dotazione dei poteri decisionali e di spesa, di cui la stessa autonomia finanziaria e tecnico-professionale sono espressione e dalla congruità dei mezzi conferiti rispetto alle esigenze prevenzionali.

Tale situazione si verifica quando vengono attribuiti disponibilità e poteri finanziari per tutti gli adempimenti previsti dalla legge ed entro tali limiti, per tutti gli adempimenti che il soggetto non ha mezzi e poteri di realizzare, le violazioni non gli sono ascrivibili.

Sono frequenti i casi di corresponsabilità fra più livelli in ordine ai doveri imposti al datore di lavoro e, anche quando l’adempimento di tipo prevenzionale non rientra nei poteri e nella disponibilità dell’unità produttiva, sussiste il dovere di segnalare ai livelli superiori la necessità di apprestamenti prevenzionali utili a compiere gli interventi cautelari e parziali possibili.

37 Stolfi F.(2010)Le definizioni in Zoppoli L.,Pascucci P.,Natullo G.(a cura di), Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori,commentario al d.lgs. 9 aprile 2008 n.81 aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2009 n.106. op.cit., p.67ss.

Il responsabile dell'unità produttiva è onerato a titolo originario in modo automatico di tutte le responsabilità, comprese quelle indelegabili, avendo il ruolo di datore di lavoro. Infine dalla considerazione dei direttori delle unità produttive come datori di lavoro ai fini prevenzionali, la dottrina ha dedotto negli stessi termini anche la qualificazione del direttore generale dell'unica unità produttiva di cui si compone l'azienda, in sostituzione degli organi dell'amministrazione societaria, sempre che sia stato dotato di poteri decisionali e di spesa.

L'analisi del datore di lavoro prosegue nell'ambito del settore pubblico, per la configurazione di un soggetto giuridico autonomo, attraverso procedure di identificazione formale e sostanziale delle prerogative tipiche ed un accertamento delle posizioni e dei poteri simili e dissimili a quelli del datore di lavoro privato.

L'art.2 d.lgs.626/1994 inizialmente non distingueva tra datore privato o pubblico, ma con il d.lgs.242/1996 si è avuta una maggiore chiarezza perciò nella seconda parte della norma si sancisce che: “nelle pubbliche amministrazioni di cui all'art.1, comma 2 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo non sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale”. Inoltre all'art.30 dello stesso decreto si prevedeva con una disposizione transitoria, che entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, gli organi di direzione politica o di vertice della pubblica amministrazione dovessero procedere all'individuazione dei datori di lavoro pubblico, tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici in cui viene svolta l'attività.

Da tale impostazione la Cassazione aveva chiarito come il nome di datore di lavoro ai fini di prevenzione, sino a quando non si fosse proceduto alla nomina

in capo al dirigente, fosse da riferire agli organi di direzione politica dell'ente deputati alla designazione, un'attribuzione non impropria essendo l'organo di vertice investito di un ruolo che fa sì che la sua responsabilità riviva<sup>38</sup>.

Questa disciplina è ripresa in forma rinnovata dal d.lgs.81/2008, che all'art.2 c.1 lett. b) seconda parte recita: “nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1 c.2 del decreto legislativo 2001 n.165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo<sup>39</sup>”. Tale enunciazione contiene esplicito riferimento all'art.1 c.2 d.lgs. 30 marzo 165/2001, Testo unico del pubblico impiego, che stabilisce che “per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, e camere di commercio, industria, artigianato, agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non

38 Sul punto Santoro Passarelli G.(2010)Il datore di lavoro pubblico in Santoro Passarelli G. (a cura di)Testo unico sicurezza del lavoro. La nuova sicurezza in azienda. Commentario al titolo I del d.lgs.81/2008.Con il coordinamento di Fantini L.,Giuliani A. Ipsoa-Wolters Kluwer cit., p. 93

39 Tale definizione trova conferma nella sentenze della Cassazione Penale del 17 luglio 2009 n.29543 e del 27 settembre 2010 n.34804 rispettivamente provenienti dalla sezione III e dalla sezione I della stessa Corte, emesse al fine di indicare il soggetto su cui ricadono gli obblighi di prevenzione e la necessaria combinazione tra potere gestionale e di decisione in mancanza di qualifica dirigenziale e di spesa.

economici nazionali, regionali, locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, l'agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le agenzie al d.lgs. 30 luglio 1999 n.300".

Questi enti non determinano particolari problemi, salvo qualche dubbio sugli enti pubblici economici e enti pubblici non economici, e nell'ambito della categoria di società ed enti pubblici non richiamati dall'art.1 c.2 T.U. del pubblico impiego (enti pubblici economici, società a capitale privato o pubblico che gestiscono pubblici servizi) il datore di lavoro è individuato secondo le regole generali del primo periodo dell'art.2 lett.b) del d.lgs.81/2008 ossia secondo la titolarità del rapporto di lavoro o responsabilità dell'organizzazione o unità produttiva con i poteri decisionali e di spesa.

L'attribuzione all'organo di vertice delle singole amministrazioni del compito di individuare il datore di lavoro è agevole nel caso di enti pubblici a vertice omogeneo rispetto all'organizzazione sottostante per esempio: enti locali e nazionali i cui organi non sono eletti dal popolo.

Nello Stato e negli enti locali la situazione cambia per la compresenza di vertici politici (ministro, presidente della regione e provincia) e vertici di natura gestionale, che si adeguano alle norme organizzative di settore.

La definizione del datore di lavoro in ambito prevenzionistico nelle p.a. del d.lgs.81/2008 assume la correlazione potere -responsabilità come criterio di imputazione delle posizioni di obbligo, che consente di qualificare come datore di lavoro soggetti diversi.

Così la legge non riproducendo quanto stabilito per il settore privato, impone di nominare nel settore pubblico un datore diverso in ogni differente unità produttiva e, per una serie di enti pubblici, stabilisce le esigenze prevenzionali, che devono contemperarsi con gli altri criteri speciali fissati con decreto del ministro competente di concerto con quelli di lavoro, salute, finanza pubblica:

decreti che possono modificare o specificare i criteri di individuazione.

Il polimorfismo datoriale<sup>40</sup>, determinato dal criterio di effettività di poteri e funzioni, determina un modello comprendente un vertice gestionale ed uno politico, in cui l'operatività del sistema della responsabilità è rimessa alle singole pubbliche amministrazioni (individuazione del datore nel polo amministrativo) e in via sussidiaria è previsto un sistema di pronta applicazione (coincidenza del datore di lavoro con organo di vertice).

Nel polo amministrativo si ha il dirigente che ripropone nel sub-sistema prevenzionale l'ordinario assetto di regolazione del lavoro alle dirette dipendenze della p.a., basato sulla ripartizione tra polo amministrativo e polo politico dell'attività di organizzazione e sull'attribuzione di posizioni soggettive datoriali.

In tale versante il binomio responsabilità - potere è declinato mediante l'individuazione della figura datoriale, con il riferimento all'ubicazione, all'ambito funzionale degli uffici in cui è svolta l'attività e alla dotazione di autonomi poteri decisionali e di spesa, concretizza l'astratta definizione legislativa in relazione al contesto organizzativo dell'ente e ha carattere costitutivo di compiti e responsabilità.

A tale proposito peculiare è nella p.a. la figura del dirigente pubblico<sup>41</sup>, che, in base all'atto organizzativo dell'organo di vertice, è individuato come datore di lavoro per la salute e sicurezza dei lavoratori, ma data l'eterogeneità del settore pubblico, non sempre si determina tale coincidenza.

40 Riccardi A.(2010),Legislazione prevenzionale e polimorfismo della figura datoriale nelle pubbliche amministrazioni in LPA ,n.2/2010 p344ss

41 Venturi D.(2009), I soggetti della sicurezza nella pubblica amministrazione in Tiraboschi M (a cura di), Le nuove leggi civili –Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs.n.106/2009). Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n.106/2009. Con la collaborazione di Lai M.,Masi M.,Pennesi P., Rauseri P. Milano: Giuffrè., p.917

Nelle ipotesi di più dirigenti della stessa fascia, che operano nella stessa struttura organizzativa e che sono legati da rapporti di dipendenza gerarchico - funzionale, l'art.15 c.3 del d.lgs.165/2001 sancisce l'identità tra dirigente e datore di lavoro pubblico solo per il dirigente preposto, non per gli altri dirigenti della stessa struttura da questo coordinati.

Questi ultimi hanno la funzione di dirigente alla stregua del dirigente privato, secondo quanto previsto all'art.2 c.1. lett. d) , in cui è individuato come “la persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti dei poteri giuridici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa”.

Tali dirigenti sono individuati come datore di lavoro se c'è la condizione di diritto in base alla quale l'ordinamento giuridico li ha dotati di poteri di spesa e decisionali e uno stato di fatto conforme.

Nel polo politico si registra la coincidenza tra datore e organo di vertice nel caso di individuazione omessa o non conforme ai criteri indicati.

Del nuovo assetto si danno due letture: una configura la qualificazione di datore dell'organo di vertice come secondaria e subordinata a quella di dirigente/funziionario dotato di autonomia gestionale, l'altra individua il datore in via principale nell'organo di vertice che trasferirebbe la qualifica datoriale con la relativa responsabilità mediante la designazione di un soggetto dotato di adeguati poteri di gestione. Il d.lgs.6262/1994 limitava l'imputazione di responsabilità ai soggetti del versante amministrativo e gestionale ed esonerava dagli obblighi di garanzia, demandati agli organi di direzione politica o di vertice della p.a., i titolari dell'organo di governo dell'ente aventi un proprio ruolo solo nella fase di individuazione dei datori/dirigenti. Secondo parte della dottrina tale designazione costituiva il momento in cui rilevava una responsabilità dei soggetti apicali in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro,

responsabilità comunque marginale ed ascrivibile alla *culpa in vigilando* (violazione di competenze di indirizzo politico e programmazione e vigilanza) e *in eligendo* (nomina non adeguata).

Altri attribuivano all'organo di governo dell'ente un ruolo residuale nel sistema del d.lgs.626, ritenendo che, in mancanza di dirigente o funzionario, il datore dovesse essere individuato secondo la definizione generale all'art.2 c.1 lett. b) dello stesso decreto.

Il d.lgs.81/2008, attraverso la coincidenza di datore di lavoro e organo di vertice in caso di omessa o non conforme individuazione del soggetto appartenente al versante amministrativo, colma la lacuna stabilendo mediante l'attribuzione della qualifica datoriale al polo politico dell'amministrazione un sistema alternativo d'imputazione della responsabilità prevenzionale applicabile in caso di non operatività di quello ordinario e self executive.

La nuova nozione è allargata di datore comprendente entrambi i poli del potere decisionale supera la frammentazione di competenze tra organi di indirizzo politico e gestionale - amministrativo e la rigidità delle normative statutarie e legali di funzionamento delle amministrazioni.

L'assetto in materia prevenzionale potrebbe apparire deviante rispetto all'impianto della normativa del d.lgs.2001/165, basata sulla divisione di competenze tra organi politici e amministrazione e sulla devoluzione a questi ultimi della gestione dei rapporti di lavoro.

La distonia è in realtà solo apparente, considerando che la stessa è relativa solo ad una situazione in cui tale divisione di competenze disfunzioni e la coincidenza tra datore e organo di vertice si ha se quest'ultimo non individua il dirigente o il funzionario o non lo fa secondo criteri, ossia qualora la separazione fra funzioni di indirizzo e gestione venga vanificata.

Tale seconda parte della norma inoltre conferma l'approccio sostanzialistico usato dal legislatore del 2008 nel richiedere "autonomia gestionale e autonomi

poteri decisionali e di spesa” e la valenza del principio di effettività anche nel settore pubblico. In tale contesto ripartitorio la datorialità è riferita al dirigente titolare dei poteri di gestione e al funzionario non avente qualifica dirigenziale, che ha poteri di spesa e decisionali, e ciò spiega il perché all’interno di soggetti di natura societaria il datore di lavoro si identifichi con il vertice dell’azienda ovvero con il presidente del consiglio di amministrazione o amministratore delegato o componente del consiglio di amministrazione di cui sono attribuite le relative funzioni<sup>42</sup>.

Similarmente al d.lgs.626/1994, anche il d.lgs.81/2008 individua come datore di lavoro un funzionario<sup>43</sup> nei casi in cui sia preposto ad un ufficio ed abbia autonomia gestionale e, in mancanza di precisazione, in ipotesi di mancanza di dirigenti (per es. nei comuni ai sensi dell’art.109 d.lgs. 267/2000 con provvedimento motivato si possono conferire funzioni dirigenziali ai responsabili di uffici o servizi al di là della qualifica funzionale).

Per l’assunzione di tale qualifica devono sussistere due condizioni di fatto: la prima oggettiva riguarda l’ufficio pubblico, cioè l’ambiente di lavoro oggetto di tutela, l’unità organizzativa a cui l’ordinamento interno all’ente pubblico dà poteri di spesa e autonomia gestionale; la seconda è di tipo soggettivo per cui il funzionario deve essere preposto alla direzione dell’ufficio pubblico dotato di poteri autonomi decisionali e spesa.

42 Sul tema si è pronunciata la Cassazione penale, sezione IV, con la sentenza del 26 settembre 2011 n.34723, ribadendo altresì l’esistenza, in materia di infortuni sul lavoro, di un dovere di sicurezza a carico del datore di lavoro abbastanza articolato comprensivo di obblighi di sorveglianza, assicurazione, osservanza delle misure di prevenzione antinfortunistica e mantenendo la stessa logica in ambito pubblico sia pur nel rispetto delle sue peculiarità.

43 Pascucci P. (2009), Il funzionario –datore di lavoro e l’ipotesi della sua mancanza in La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici in LPA ,3-4/2009 p. 582ss

L'individuazione tiene conto inoltre di ubicazione ed ambito funzionale, perciò non esclude che in casi marginali il funzionario svolga funzioni in un ambito più ampio dell'ufficio stesso.

Il funzionario designato deve avere non solo il conferimento di funzioni datoriali ma, in analogia al settore privato, anche capacità gestionale, patrimoniale, poteri di gestione e esercizio di poteri, per cui le attività non sono riconducibili solo alla categoria di obblighi.

Gli indicatori per il conferimento dell'incarico di datore a funzionari non dirigenti nelle p.a. sono gli stessi di quelli previsti per il datore privato, ma vi è una differenza.

Mentre nel settore privato l'esercizio di poteri è considerato come situazione di fatto, nel caso delle p.a. il funzionario non dirigente può essere datore di lavoro se sussiste una condizione di diritto per la quale l'ordinamento giuridico, anche quello interno dell'ente, l'ha dotato di poteri decisionali e di spesa<sup>44</sup>.

Sotto il d.lgs.626/1994 si era posto il problema dell'individuazione del datore di lavoro nelle amministrazioni senza dirigenza e in cui il funzionario responsabile di attività produttive non avesse titoli o capacità per la sicurezza, con il d.lgs.81/2008 il problema è ancora attuale e la mancanza da parte di un funzionario di titoli o capacità per occuparsi della sicurezza è intesa come mancata preposizione ad un ufficio con autonomia gestionale. Si ipotizza perciò che, in mancanza di figure individuabili come datori, se l'organo di vertice non dimostra di aver fatto di tutto per sopperire alla carenza, la configurazione in capo allo stesso organo del ruolo datoriale avviene in base all'art.2 lett. b) ultimo periodo o all'art. 299 del d.lgs.81/2008.

44 Venturi D.,(2009)L'identificazione del dirigente come datore di lavoro pubblico in Tiraboschi M.(a cura di),Le nuove leggi civili –Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo(d.lgs.n.106/2009).Commentario al decreto legislativo 9 aprile op.cit., p.

La costituzione di una vera figura datoriale nelle pubbliche amministrazioni è un passaggio obbligato, a causa delle diverse strutture ordinamentali e della separazione tra organi di indirizzo politico e di gestione amministrativa, secondo la distinzione tra le attribuzioni degli organi politici e dei dirigenti.

Il legislatore crea un processo circolare <sup>45</sup>, cioè un circuito tra autonomia e responsabilità con tre fasi: nella prima gli organi politici stabiliscono gli indirizzi e gli obiettivi dell'azione amministrativa, nella seconda i dirigenti agiscono con completa autonomia per la realizzazione degli obiettivi, nella terza gli organi politici controllano se l'attività dei dirigenti ha raggiunto tali scopi.

Il meccanismo per l'individuazione del datore di lavoro pubblico risponde alla ratio di prevenire le disfunzioni della frammentazione delle competenze e degli avvicendamenti di titolarità ai vertici istituzionali lesivi del sistema previdenziale, e si avvia verso una *reductio ad unum* delle competenze di previdenza, attribuite ad un soggetto incaricato nell'ambito istituzionale dirigente e sottratte agli organi di vertice.

Si attua applicando le disposizioni legislative e statutarie, che disciplinano la distribuzione delle competenze tra i vari settori, con specifica rilevanza per quella di conferire incarichi dirigenziali, e involve la questione sul tipo di organo di vertice politico o amministrativo deputato a tale ultimo incumbente.

A seguito dell'avvento del d.lgs.81/2008 varie risultano le posizioni sul tema in oggetto<sup>46</sup>. Secondo alcuni l'omesso richiamo agli "organi di direzione politica" nella norma si interpreta come la volontà di fare riferimento all'organo di

45 Bellavista A.(2010) ,La figura del datore di lavoro pubblico in GDLRI,n.1/2010,p. 88 ss

46 Sul tema D'avirro A.,Lucibello P.(2010),La competenza alla individuazione del datore di lavoro in I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa-datori di lavoro, dirigenti, committenti, responsabili dei lavori e coordinatori. Milano: Giuffrè .p125ss ; Stolfa F. op. cit.p.71 ss ; Pascucci P. op.cit., p. 574ss

di vertice amministrativo e non politico con la separazione tra funzioni di direzione politica e di gestione propria dell'organizzazione pubblica. La soluzione risponde al rilievo dato alla figura datoriale in quest'ultimo ambito e alla mancanza di differenza rispetto a quella privata: le funzioni e gli adempimenti datoriali indicati nell'art.18 sono gli stessi e ne fanno

principale destinatario degli obblighi di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro.

Di fronte stanno i diritti soggettivi perfetti alla salute e sicurezza dei luoghi di lavoro di cui è titolare la generalità dei dipendenti dell'ente pubblico e i cittadini destinatari di servizi pubblici amministrati dall'ente.

Negli enti locali la nomina dei responsabili degli uffici e dei servizi è di competenza degli organi di governo (sindaco, presidente della provincia) e convive con il principio di separazione tra poteri di controllo e indirizzo dati all'organo di governo e poteri di gestione amministrativa, tecnica, finanziaria dei dirigenti, invece nello Stato gli incarichi sono ripartiti tra organi di governo e dirigenti generali.

Queste considerazioni riconducono alla competenza dell'organo di governo l'individuazione del datore di lavoro, con conforto nella disciplina degli enti locali, e il riferimento all'organo di vertice all'art.2 d.lgs.81/2008 è inteso ad organi di governo di singole amministrazioni e non amministrativi di gestione, secondo un'impostazione condivisa da dottrina e giurisprudenza di legittimità.

Secondo altri la competenza è in capo al vertice amministrativo e non agli organi politici elettivi e, in ordine alla natura giuridica dell'atto di nomina, gli stessi sostengono che rientrerebbe tra gli atti di alta organizzazione all'art. 2 c.1 del d.lgs.165/2001, di competenza degli organi di governo.

Gaetano Natullo ritiene che la locuzione "organi politici e di vertice" è il *genus* che comprende le due *species* :organi politici e organi di vertice amministrativo e Paolo Pascucci valorizza l'innovazione legislativa e la separazione dei poteri, conferma la centralità degli organi di governo e sostiene che la legge non

prevede che il datore sia esperto di sicurezza, ma che abbia competenze gestionali e requisiti professionali di buon dirigente all'altezza del compito affidatogli.

In realtà al di là di ogni singola opinione, è preferibile una lettura aperta o elastica dell'espressione organo di vertice, che tenga conto della meritevolezza dell'assetto di processi decisionali nelle varie p.a. italiane.

Se ai sensi dell'art.19 d.lgs.165/2001, nelle amministrazioni statali gli incarichi dirigenziali sono dati dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale, l'art.4 dello stesso d.lgs. contiene un'indicazione inequivoca d'identificazione degli organi di vertice e politici, affermando che le amministrazioni pubbliche, i cui organi di vertice non sono direttamente o indirettamente espressione di rappresentazione politica, adeguano i propri ordinamenti al principio di distribuzione tra indirizzo e controllo e attuazione e gestione.

È decisivo, dunque, identificare la nozione di organo di vertice, a partire dalla disciplina in cui è posta, non escludendo a priori esiti diversi, nel rispetto del principio di distinzione dei poteri.

La nomina del datore/dirigente è un atto dovuto, che l'organo deputato deve compiere all'atto di insediamento e, ove venga omesso, determina la sua responsabilità per la mancata realizzazione del sistema prevenzionale interno e l'inadempimento dei doveri di sicurezza.

In concorso con lui saranno responsabili i dirigenti, che non saranno assolti dai doveri connessi alle loro specifiche funzioni, a causa della mancata creazione dello stesso sistema previsto dalla legge.

La norma richiede l'accettazione del dirigente solo se non appartiene all'area tecnica, perciò la nomina come datore di lavoro ai fini della sicurezza è vincolante per il dirigente come ogni altro incarico dirigenziale e nei limiti del contratto di lavoro.

Anche se la nomina è tempestiva e corretta, permane in capo agli organi di

governo una responsabilità residua di carattere concorrente, *culpa in eligendo*, nell'individuazione del dirigente sia professionalmente sia attitudinalmente idoneo al compito.

I primi interventi giurisprudenziali conservano in capo agli organi di governo e ai soggetti apicali una responsabilità residuale ampia e connessa alle violazioni generali del dovere di vigilanza sull'operato del dirigente nominato datore di lavoro, mentre parte della dottrina stabilisce che l'organo politico di vertice sarebbe gravato da responsabilità concorrente per mancato potere - dovere di vigilanza sul dirigente -datore connotato al potere di nomina.

L'organo di vertice ha il dovere di vigilare con una valutazione periodica ed approfondita della gestione sulla base dei risultati conseguiti, del resoconto degli organi tecnici di supporto e della relazione dei dirigenti - datori, e deve intervenire se di fatto conosce situazioni di rischio o di palese inadempienza ai doveri prevenzionali.

Il problema della possibile nomina come datore di lavoro di organi di governo è superato dalla norma, che richiama dirigente o funzionario, operando una scelta di politica del diritto che non consente di individuare altri soggetti, né di considerare come destinatari organi di governo esclusi dalla gestione attiva delle funzioni di sicurezza.

L'attribuzione delle funzioni datoriali a questi ultimi al massimo può ritenersi legittima in caso di attribuzioni da parte della legge di poteri di gestione agli organi di governo dell'ente.

Dubbi si registrano anche per le ASL<sup>47</sup>, infatti, l'organo apicale, il direttore generale è titolare dei poteri di gestione, perciò, la giurisprudenza è stata indotta a riconoscergli la qualifica di datore di lavoro ai fini di sicurezza. In realtà dalla considerazione per cui il datore di lavoro nel settore pubblico deve

<sup>47</sup> Stolfa F. op. cit. , p.76 ss

avere tre requisiti: qualifica di dirigente, autonomia gestionale, nomina da parte degli organi di vertice delle singole p.a., si desume che il direttore generale nelle a.s.l. ha solo l'autonomia gestionale, non è applicabile il meccanismo di nomina all'art. 2 c.1 lett. b) e non è qualificabile come dirigente.

In coerenza con la logica del sistema di previdenza per la quale la nomina avviene da parte di organi di vertice, il direttore generale sarà obbligato alla nomina del dirigente - datore di lavoro al quale attribuirà autonomia gestionale per gli adempimenti di sicurezza.

Infine tra organo di vertice e dirigente nominato datore di lavoro i rapporti sono assimilati a quelli tra soggetti di delega di funzioni, fermo restando che per il direttore dell'unità produttiva la qualifica datoriale è *ab origine*, così come il contenuto della delega stabilito per legge, comprendendo tutti i doveri prevenzionali, inclusi quelli indelegabili all'art.17.

Controversa è inoltre questione relativa alla natura dell'atto di individuazione del datore di lavoro nella pubblica amministrazione.

Nell'alternativa tra atto gestionale o amministrativo in senso stretto ovvero rientrante tra gli atti di alta amministrazione, è preferibile la seconda perché l'atto non riguarda la vicenda privatistica del rapporto di impiego tra amministrazione e dipendente, ma la natura organizzativa dell'atto che ha lo scopo di attribuire funzioni connesse dalla legge al pubblico dipendente - dirigente, a cui spettano poteri di gestione del pubblico ufficio. Si tratta di atti amministrativi di organizzazione o atti organizzativi all'art.2 c.1 d.lgs. 165/2001 con lo scopo di definire le linee fondamentali dell'organizzazione degli uffici e la nozione di organo di vertice riguarda il vertice amministrativo.

Si accoglie l'impostazione che incardina nella dirigenza pubblica e non nella rappresentanza politica, competenze e responsabilità in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, prima invece l'art.30 d.lgs.626/1994 affidava il compito agli organi di direzione politica o al vertice delle p.a., con responsabilità dei vertici

politici.

Si discute se debba ricondursi alla delega di funzioni<sup>48</sup> in materia prevenzionale ai sensi artt.16 e 17 d.lgs.81/2008 con natura costitutiva, dal momento che appartiene al novero degli atti di alta amministrazione e di interesse pubblicistico.

In realtà si ritiene che l'atto di individuazione non sia delega perché è mezzo di acquisto iure proprio in forza di legge della qualifica datoriale.

Essa non è tuttavia incompatibile con il settore pubblico essendo trasferimento di compiti in via derivativa da un soggetto titolare *ex lege*, ma in questo caso l'individuazione da parte dell'organo di vertice non è delega in senso tecnico.

La giurisprudenza di legittimità si ferma su due principi: 1) la responsabilità penale dell'organo di vertice per le violazioni della norma sulla sicurezza, nel caso di mancata o irregolare nomina del datore di lavoro, 2) la natura di delega dell'atto con cui si conferiscono qualità e poteri del datore di lavoro.

Una soluzione valida richiede di accertare il contesto in cui si esercita il potere, dal momento che tale individuazione non costituisce esercizio di una pubblica potestà e in materia di salute e sicurezza si configurano non interessi legittimi, ma diritti soggettivi perfetti degli interessati (lavoratori e utenti dei servizi).

L'ente pubblico ha obblighi e responsabilità identici a quelli dell'imprenditore privato, tra organo di vertice dell'ente e datori di lavoro non corrono relazioni di obbedienza e potere gerarchico e non ci sono vincoli di subordinazione dei dirigenti officianti della funzione datoriale. L'atto di individuazione ricade nella regola all'art.1 c.1 *bis* l. 241/1990 introdotto con la l. 15/2005, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato", in un'ottica di privatizzazione che

48 D'avirro A., Lucibello P.(2010), La natura dell'atto di individuazione del datore di lavoro in I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa-datori di lavoro, dirigenti, committenti, responsabili dei lavori e coordinatori op . cit., p.128 ss

viene confermata dalla disciplina istituzionale ed organizzativa delle ASL, disciplinate con atto aziendale di diritto privato (art.3 c.1 *bis* e 1<sup>ter</sup> d.lgs.1992 n. 502 modificata dalla legge 299/1999 e 254/2000).

Esso, perciò, appartiene al diritto privato; l'organo di vertice è destinatario di obblighi e responsabilità assegnati dal d.lgs.81/2008 al datore di lavoro, con coincidenza in caso di omessa o non conforme individuazione ai criteri e può svolgere la funzione datoriale o attribuirla parzialmente al personale dirigente.

La nomina è un atto discrezionale e l'organo di vertice individua un solo datore di lavoro con responsabilità estesa alla struttura e all'attività dell'ente, pur quando vi siano più dirigenti in servizio, o nomina più datori di lavoro se il servizio ha settori eterogenei e distanti. La comunanza di principi di organizzazione privata e pubblica di sicurezza porta l'applicabilità delle regole di cui all'art.16, compresa l'accettazione espressa per iscritto da parte del funzionario individuato e la collocazione nell'ambito generale della delega di funzioni.

Nelle p.a. però la delega riguarda la posizione del datore di lavoro e non si applica l'art.16 c.3, posto che le attività indicate sono comprese nelle attribuzioni datoriali, oggetto dell'atto di individuazione e di trasferimento dei poteri al dirigente. Importante è da ultimo ricordare l'autonomia gestionale che accompagna la nomina di datore - dirigente e consiste nel potere di disporre di adeguate risorse finanziarie per le esigenze di sicurezza. In passato con il d.lgs. 626/1994 si dubitava che essa comprendesse anche poteri di spesa, un dubbio solo formalistico perché in realtà quest'ultimo è connaturato alla prima, alla luce della connotazione che il concetto assume nella normativa del pubblico impiego, laddove l'autonomia gestionale è affidamento al dirigente del potere di disporre un apposito capitolo di bilancio e di un piano esecutivo di gestione (p.e.g.).

Nella materia di sicurezza la disponibilità finanziaria da attribuire al datore di lavoro è adeguata alle esigenze di sicurezza dell'ente e proporzionata all'entità di rischi valutati, risultanti dalla stesura del piano di sicurezza o del documento di valutazione dei rischi all'art. 28 d.lgs. 81/2008.

Tale attribuzione risponde ad esigenze giuridiche specifiche, come presupposto di traslazione di responsabilità che sarà limitata al raggio di azione consentito dalle risorse ricevute, gli spettano poteri direttivi e organizzativi per il suo compiti, è organo apicale e non è gravato da vincoli di subordinazione funzionale né gerarchica.

Infatti, il dirigente non è responsabile penalmente di atti che non ha il potere giuridico ed economico di compiere e, in mancanza di autonomia gestionale adeguata, la responsabilità ricade sugli organi di governo.

Si libera, inoltre, dalla stessa responsabilità, se ha accettato la nomina, segnalando agli organi competenti gli adempimenti necessari e adottando le misure prudenziali provvisorie in attesa che organi con poteri di spesa intervengano.

### **2.1.1. Particolari figure di datore di lavoro nel settore privato e pubblico.**

Una normativa di adeguamento della disciplina in materia di salute e sicurezza del lavoro è prevista dall'art. 3 c.2, primo periodo, del d.lgs. 81/2008 per determinati settori e ambiti lavorativi, tenendo conto di particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative.

La regolamentazione prevista può apportare alla normativa generale adattamenti di dettaglio dovuti a particolari occorrenze, individuate dalla norma, e per quanto riguarda le responsabilità datoriali non può vanificare il modello all'art.2 c.1.

La disposizione consente scostamenti solo sul piano dell'applicazione della

disciplina per le particolarità dell'attività o dell'organizzazione, mentre i criteri di imputazione di responsabilità attengono al livello di delineazione di linee strutturali della normativa.

Tale lettura è confermata dai decreti emanati sotto la vigenza della precedente legislazione, in cui gli adattamenti, che hanno toccato la responsabilità prevenzionale del soggetto datore, hanno modificato solo eccezionalmente il sistema generale, limitandosi a regolare l'imputazione di responsabilità in caso di prestazione di attività presso strutture diverse da quelle dell'amministrazione di appartenenza.

L'articolazione aziendale e del lavoro scelta per tipologia di impresa e per limitata dimensione giustifica dunque una disciplina speciale e semplificata<sup>49</sup>.

Nella prima categoria vi è l'ipotesi del contratto di somministrazione di lavoro (art.3 c.5) e di distacco (art.3 c.6), costituenti scelte aziendali, che inseriscono temporaneamente il lavoratore in un contesto aziendale che non conosce per il fatto che non è il suo normale ambiente lavorativo.

Nel caso di somministrazione e distacco del lavoratore la legge definisce "chi fa che cosa" attraverso la regolamentazione di ipotesi di interazione di più soggetti datoriali con lo stesso lavoratore.

Prevale il principio di effettività dell'esercizio di poteri direttivi in capo all'impresa esecutrice e distaccataria, ad eccezione degli obblighi informativi all'art. 23 c. 5 d.lgs. 276/2003, che restano a carico del somministratore e di quelli informativi e formativi a carico del distaccante. Seguendo il principio di sostanzialità il sistema prevenzionistico appare legato alle caratteristiche dell'impresa come la legge prevede per le cooperative sociali (art.3, c.3 *bis* d.lgs.106/2009) e attività imprenditoriali, aventi disciplina semplificata e speciale.

49 Venturi D., (2009) Ipotesi speciali in Tiraboschi M.( a cura di), Le nuove leggi civili – Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs .n.106/2009) op .cit., p. 262 ss.

A tale categoria di imprese appartengono l'impresa familiare, la società semplice operante nel settore agricolo (art.3 c.12) e la piccola e media impresa (art.3 c.13). Di rilievo è, infatti, la configurazione come datori di lavoro delle organizzazioni di volontariato.

L'introduzione del c.3 *bis* e c.12 *bis* all'art.3 d.lgs.81/2008 da parte del d.lgs.106/2009 ha circoscritto l'equiparazione del volontario al lavoratore in senso prevenzionistico, escludendo gran parte delle organizzazioni di volontariato dal novero dei datori di lavoro.

Sussiste la parificazione per i volontari della protezione civile e vigili del fuoco (art.2 c.1 lett. a) ai lavoratori autonomi in senso prevenzionistico, con applicazione dell'art. 21 del d.lgs.81/2008, per i volontari di cui alla legge 266/1991 e per i volontari che effettuano servizio civile. In riferimento a quest'ultima categoria l'art.3 c.12 *bis* prevede che qualora l'organizzazione di volontariato sia configurabile come datore di lavoro, allora assume specifici obblighi di protezione verso il volontario, informa sui rischi specifici e le misure di prevenzione e emergenza ed adotta misure per eliminare e ridurre i rischi interferenziali tra la prestazione del volontario e l'attività svolta.

Altre indicazioni riguardano la nozione di impresa esecutrice (c.1 lett.i - *bis*) ed affidataria (c.1 lett. i) offerta dall'art.89 del d.lgs. 81/2008 riformato dal d.lgs.106/2009. L'impresa esecutrice è l'impresa che esegue un'opera o parte di essa, impegnando proprie risorse umane e materiali, in essa si distingue la figura del datore di lavoro, che gli artt. 95 e 96 fanno destinatario di misure generali di tutela e obblighi specifici nell'ambito dei cantieri mobili e temporanei, oltre all'applicabilità delle norme del titolo I capo III relative alla gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro.

Oltre agli obblighi non delegabili dell'art.17 del d.lgs.81/2008, il datore di lavoro potrà delegare ad altri soggetti tutti i poteri necessari a svolgere la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

L'impresa affidataria è l'impresa titolare del contratto d'appalto con il committente, che nell'esecuzione dell'opera appaltata può avvalersi di imprese subappaltatrici o lavoratori autonomi.

Il datore di lavoro in tal caso è investito degli obblighi all'art. 96, riferiti al datore di lavoro nell'impresa esecutrice, ma anche di quelli differenti e specifici della sua figura.

Passando all'ambito specificatamente privato a quello pubblico ancora variegata si mostra la fisionomia che assume il datore di lavoro in relazione agli interessi coinvolti e alle variabili numerose e proprie del quadro di operatività.

L'art.3 c.6 d.lgs.81/2008 stabilisce ancora che “per il personale delle pubbliche amministrazioni all'art.1 c.2 d.lgs.165/2001 che presta servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi, autorità nazionali, gli obblighi del presente decreto sono a carico del datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo, o autorità ospitante”.

La norma è applicabile a tutte le amministrazioni e autorità dipendenti e riguarda ogni specie d'uso del lavoratore pubblico presso amministrazione diversa da quella di appartenenza, in presenza di un rapporto di dipendenza funzionale con l'amministrazione ospitante.

Al fine di determinare il trasferimento della posizione di garanzia del datore di lavoro dall'amministrazione di provenienza a quella ospitante non basta il materiale spostamento presso uffici o locali di altra amministrazione da parte del dipendente legato a quella di provenienza, ma è necessario che costui lavori sotto la direzione e nell'interesse dell'amministrazione ospitante per la creazione del rapporto funzionale.

Il termine usato “designato dall'amministrazione ospitante” non implica dunque un'apposita designazione per la tutela dei lavoratori ospitati, ma l'individuazione del datore di lavoro ai sensi dell'art.2 c.1 lett.b).

Il Ministero della Difesa ha effettuato l'individuazione dei datori di lavoro con il d.m. 1/1997 che all'art.1 dispone che "l'Amministrazione della difesa costituisce il corrispettivo della figura del datore di lavoro, si immedesima con i responsabili dei vari livelli delle attività produttive" e la responsabilità per la tutela di salute e sicurezza grava sia sul comandante/dirigente in relazione all'impiego di personale dipendente e delle risorse assegnate, sia sulle autorità sovraordinate per l'organizzazione del lavoro e le risorse di sicurezza.

L'art.2 prevede che i datori di lavoro individuati e non dotati di poteri di spesa sui capitoli di bilancio assolvono obblighi di sicurezza (valutazione dei rischi sulle emergenze, misure di cautela e previdenziali) con la richiesta di disponibilità agli organi di amministrazione della difesa, che gestiscono i fondi o a soggetti esterni che ne hanno obbligo giuridico.

La normativa individua i datori di lavoro con genericità, senza attribuzione dei poteri di spesa e budgets, neppure per le emergenze, con un modello poco idoneo a fronteggiare le esigenze del caso.

Per quanto concerne il corpo della Guardia di finanza, appartenente alle forze armate ma con una disciplina particolare, i datori di lavoro non sono nominati con decreto del ministro, ma con determinazioni del comandante generale del corpo, considerato organo di vertice ai fini della normativa prevenzionale.

Per le Amministrazioni di pubblica sicurezza, la Polizia di Stato e i Vigili del fuoco, mediante il dm.29/1996 il ministro ha scelto di nominare i datori di lavoro a livello centrale (direttore generale, capo gabinetto) e a livello periferico (prefetti, dirigenti, questori) con una delega parziale di funzioni, alcune delle quali perciò non delegabili. Il d.m. di grazia e giustizia 18/1996 individua i datori di lavoro nella relativa amministrazione, secondo il criterio di coincidenza di qualifica prevenzionale e cariche dirigenziali comportanti la divisione di uffici e servizi a livello centrale e periferico.

Sono individuati perciò quali datori di lavoro a livello periferico i direttori di

istituti di prevenzione e di pena, i capi degli uffici giudiziari e, in relazione agli uffici del giudice di pace, il giudice di pace coordinatore.

Profili di continuità della figura datoriale tra ambito privato e pubblico, pur con le proprie caratteristiche, si evidenziano in materia di istruzione e di appalti.

In relazione alla prima area si distingue tra l'ateneo<sup>50</sup> e il sistema di organizzazione statale della pubblica istruzione.

Nelle università tale è il rettore o il soggetto di vertice di ogni singola struttura o raggruppamento di strutture omogenee qualificabile come unità produttiva e dotata di poteri di spesa e di gestione, per tutte le altre strutture prive di tali poteri e quelle di uso comune, il datore di lavoro è il rettore (art.2 c.1 d.m. 363/1998).

La proposta di articolato, presentata dal ministro conferma la possibilità di opzione per un datore di lavoro unico, ossia il rettore o il legale rappresentante dell'istituto di istruzione universitaria ovvero per una pluralità di datori di lavoro in cui tale posizione è assegnata ai soggetti di vertice di ogni singola struttura o raggruppamento di strutture, a condizione che esercitino in effettivo i poteri di spesa e decisionali.

In analogia al T.U.S.L. si prevede che, qualora l'individuazione datoriale non sia conforme a tali criteri, per datore di lavoro si intende il rettore o il legale rappresentante.

In caso di declinazione al plurale di datori di lavoro si è proposta la figura del Coordinatore dei datori di lavoro, coincidente con il rettore o il legale rappresentante dell'istituto d'istruzione universitaria per garantire più omogeneità.

50 Peruzzi M.(2009), Le definizioni di lavoratore e di datore di lavoro nell'ambito dell'ateneo in *Università e sicurezza: Riflessioni a partire dal d.lgs.81/2008 in LD, 3/2009 cit.* , p. 452 ss

Costui è investito di vari compiti tra cui: prevedere e precisare i criteri per individuare dirigenti, preposti e responsabili delle attività, attribuzioni e funzioni ed identificare nel committente dei lavori affidati in appalto o nei lavoratori autonomi il soggetto che dovrà adempiere quanto previsto dall'art. 26 del d.lgs.81.

Deve inoltre prevedere l'elaborazione del DUVRI e di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il rispetto delle misure di tutela imposte, e proporre un modello di organizzazione e gestione per l'adempimento degli obblighi di cui all'art.30 c.1 d.lgs.81/2008, che tenga conto delle particolari esigenze e delle peculiarità organizzative degli enti di natura universitaria.

La proposta prevede la creazione di un datore delegato dal datore di lavoro a cui delegare le funzioni datoriali, secondo quanto previsto dagli articoli 16 e 17 del d.lgs.81/2008.

L'art.32 c.8. di tale decreto stabilisce una specifica disciplina per l'ipotesi in cui il datore di lavoro non opera una scelta di svolgimento personale dei compiti di prevenzione e protezione, distinguendo tra incarico a personale interno o esterno con possibile accorpamento di più istituti sotto uno stesso servizio.

Nell'ambito della pubblica istruzione invece il d.m. 292/1996 individua un solo datore di lavoro a livello centrale cioè il direttore generale del personale e vari datori a livello periferico cioè provveditori agli studi, sovrintendenti scolastici e similari.

Il testo normativo non contiene deroghe alla disciplina generale e indica i limiti e i tempi per l'equiparazione degli allievi ai lavoratori sotto il profilo prevenzionale, sicchè il datore di lavoro diventa destinatario del servizio di prevenzione e protezione se il numero dei lavoratori allievi esclusi non superi le 200 unità, e gli istituti possono accordarsi per nominare nella funzione un unico esperto esterno (art.2 c.4).

Con riferimento al secondo campo<sup>51</sup> importante è il datore di lavoro committente, nell'ambito del contratto di appalto o del contratto d'opera da eseguirsi all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva.

Assume inizialmente una posizione marginale nel contratto d'appalto rispetto all'appaltatore, secondo la lettura dell'art.1655 c.c. in virtù della quale all'appaltatore era assegnata l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio, con la conseguenza di assunzione dell'esecuzione dei lavori, dell'organizzazione dei mezzi e del personale da lui assunto, mentre al committente non competeva alcun obbligo di controllo o intervento, con deroghe previste solo nel caso del criterio di ingerenza, in quello oggettivo-impiantistico e nella *culpa in eligendo* o in *vigilando*.

In dettaglio, il criterio di ingerenza si verifica quando il committente riduce l'autonomia dell'appaltatore e la sua ingerenza diventa condotta volta all'inosservanza delle disposizioni di tutela per i lavoratori (per es: un ordine di trascurare misure di sicurezza o di accelerare i tempi del processo di esecuzione dei lavori) che fa sorgere responsabilità penale come ipotesi di concorso del committente con l'appaltatore nella produzione dell'evento. Inteso come comportamento legittimo per il rispetto della normativa antinfortunistica dell'appaltatore, diventa *culpa in vigilando* se dopo aver constatato l'inerzia dell'appaltatore, il committente non interviene.

Per quanto riguarda il criterio oggettivo impiantistico, la giurisprudenza si riferisce ai casi in cui il committente fornisce all'appaltatore macchinari ed impianti e la deroga alla responsabilità esclusiva dell'appaltatore deriva dal fatto che dei macchinari e degli impianti risponde chi li ha forniti e ne deve garantire la sicurezza.

51 D'avirro A.,Lucibello P. (2010), La riforma del 1994 e il coinvolgimento diretto del datore di lavoro committente in I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa-datori di lavoro, dirigenti, committenti, responsabili dei lavori e coordinatori, op. cit. p.24 ss

A seguito del d.lgs. 626/1994 il datore di lavoro committente non è più estraneo alla gestione del contratto di appalto, ma partecipa alla gestione dello stesso con il coordinamento e la cooperazione nell'attuazione di misure di prevenzione e protezione dei rischi sul lavoro con le imprese appaltatrici o lavoratori autonomi.

Il suo coinvolgimento diretto, attuato dall'art. 7 del d.lgs.626/1994, è il risultato dei principi ispiratori della direttiva 89/391CEE che prevede che, qualora il datore di lavoro ricorra a competenze esterne all'impresa o allo stabilimento, non sia libero dalla responsabilità in materia.

Il d.lgs.81/2008, salvo alcune modifiche, segue le linee enunciate dal precedente decreto legislativo nell'art. 26 e disciplina in via autonoma gli obblighi connessi al contratto d'appalto o d'opera o di somministrazione, con primaria attenzione all'obbligo datoriale di verifica tecnico - professionale delle imprese appaltatrici e dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare.

Il datore di lavoro committente pubblico invece non è definito dall'art.26 d.lgs.81/2008 nella formula originaria, così quando parla di datore di lavoro (c.1 e c.2) o di datore di lavoro committente(c.3) si interpreta con riferimento alla definizione generale di datore di lavoro dell'art.2 tanto per le imprese private quanto per quelle pubbliche.

Il nuovo d.lgs.106/2009 invece richiama all'art. 26 c. 3 e c.3 *bis* il d.lgs. 263/2006 ed identifica "il soggetto titolare del potere relativo alla gestione dello specifico appalto in modo coincidente con la definizione di committente dell'art.89 per gli appalti di opera pubblica.

Indica inoltre i casi in cui nella pubblica amministrazione il datore di lavoro non coincide con il committente, con conseguenze inevitabili sulla ripartizione degli obblighi tra le parti (ad esempio il committente che non coincide con il dirigente facente funzione di datore di lavoro).

Il soggetto, che affida il contratto, redige il documento di valutazione dei rischi da prestazione derivanti dall'esecuzione del contratto stesso ed integra il documento con i rischi specifici presenti nel luogo di appalto, aggiunta sottoscritta dall'esecutore per l'accettazione.

Nella materia dei cantieri mobili e temporanei la figura del committente è alternativa al responsabile dei lavori, ove il primo ritenga di non esercitare in proprio le funzioni in materia prevenzionale, e l'art.89 definisce il committente nell'appalto di opera pubblica come il soggetto titolare di potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dell'appalto, figura coincidente con il dirigente pubblico.

Secondo l'ordinamento dell'ente e le misure di ripartizione, si determina tale soggetto che, nella generalità dei casi, è il dirigente preposto al servizio che ha indotto la gara, ha sottoscritto il contratto d'appalto e ha adottato i provvedimenti di gestione tecnica, amministrativa, finanziaria.

## **2.2. Delega delle funzioni e sua disciplina**

Nelle realtà aziendali di grandi dimensioni, ma anche in quelle piccole e medie non sempre il datore di lavoro può adempiere a tutti i compiti in modo diretto, perciò il continuum di obblighi propri dell'attività imprenditoriale determina la necessità di un costante aggiornamento delle tecniche produttive e richiede una distribuzione dei compiti di prevenzione, attraverso la creazione di una rete di garanti degli adempimenti di protezione e prevenzione legislativamente previsti.

Lo strumento di cui si avvale il datore di lavoro è "la delega delle funzioni" mediante cui si trasferiscono al delegato compiti altrimenti propri del delegante, ovviamente la ripartizione di obblighi di sicurezza tra soggetti diversi dal datore non è sempre effetto automatico di delega, ma l'assegnazione

di compiti in materia antinfortunistica può derivare *iure proprio* dal ruolo da essi rivestito (dirigenti, preposti, responsabile dell'unità produttiva).

La delega delle funzioni è un istituto di creazione giurisprudenziale e trova il suo primo riconoscimento in via negativa e indiretta nell'art.1 c.4 *ter* del d.lgs. 626/1994, come introdotto dal d.lgs.242/1996 art.1 c.2, dove si stabiliva che il datore non potesse delegare adempimenti previsti dall'art. 4 c.1, 2, 4 lett a); dall'art.11 primo periodo dello stesso d.lgs.: la valutazione del rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori, l'individuazione di misure di prevenzione e la loro attuazione, la predisposizione del piano di sicurezza, la designazione del RSPP interno o esterno all'azienda secondo le regole all'art.8, l'organizzazione diretta o indiretta, tramite il servizio di prevenzione e protezione nelle aziende o unità produttive con più di 15 dipendenti, della riunione periodica almeno annuale di prevenzione e protezione dei rischi.

Prevedeva perciò la non delegabilità di alcuni adempimenti essenziali e ammetteva in via implicita la trasferibilità di tutti gli altri obblighi, facendo proprie le indicazioni dottrinali consideravano la delega “una necessità ineluttabile”

All'istituto aveva fatto riferimento anche l'art.2 del d.lgs.152/1997 in materia di igiene dei prodotti alimentari (abrogato dal d.lgs.193/2007), che per “responsabile dell'industria alimentare” intendeva il titolare dell'industria alimentare o il responsabile specificamente delegato, individuando la specificità come requisito di validità della delega.

Con l'avvento del d.lgs.81/2008 si attua un processo di vera codificazione dell'istituto ai sensi degli articoli 16 e 17, destinato a subire ulteriori evoluzioni con il d.lgs.106/2009 e si sancisce, mediante tale nuovo strumento, l'individuazione di due sistemi di conduzione aziendale<sup>52</sup>:

52 Cervetti F.,Spriano M.(2010), Delega di funzioni in Commento alla nuova sicurezza del lavoro corredato da giurisprudenza e sistema sanzionatorio. Aggiornato alla luce del d.lgs. 3Agosto 2009, n.106. Torino: Giappichelli Editore, p. 59

un sistema gerarchico in cui le posizioni esistono per organizzazione: datore, dirigente, preposto, lavoratore, ed uno gestionale in cui le posizioni esistono per delega, al fine di regolare e gestire l'organizzazione posta all'apice dell'impresa: datore delegante, delegato, subdelegato, dirigente, preposto, lavoratore.

Diverse sono le opinioni dottrinali<sup>53</sup> che si avvicendano sull'argomento: la concezione funzionalistica, la concezione civilistica-formale e la concezione intermedia.

Secondo l'orientamento tradizionale la delega rileva sul piano obiettivo, trasferendo la titolarità della posizione soggettiva richiesta dalla fattispecie, per cui intraneo al reato proprio sarà chi esercita la funzione con rilievo penalistico, estraneo invece il datore delegante.

Si parla in tal caso di concezione funzionalistica in virtù della quale la delega forma un nuovo e diverso titolare della posizione di garanzia.

Il soggetto attivo di reati propri diviene colui che, rivestendo una posizione di dovere e potere identica a quella dell'originario destinatario del precetto, esercita di fatto la corrispondente funzione ossia il delegato, mentre il delegante è sollevato da ogni responsabilità, al punto che non residua su di lui neanche un obbligo di vigilanza, per non vanificare il senso del trasferimento delle funzioni.

Alcuni esponenti di tale corrente in via più moderata, sostengono che in capo al delegante residuerebbe un'ipotesi di responsabilità a titolo concorsuale nel caso in cui egli viene a conoscenza anche casualmente di inadempimento del delegato e non interviene.

53 Pugnoli C.(2008), Sicurezza sul lavoro: delega delle funzioni in DPL, vol. 25, fasc. 32/2008 p. 1833 ss, e Strata A.(2009) Sugli obblighi del datore di lavoro in materia di prevenzione degli infortuni. (Osservazioni a sentenza) Sez.IV, 10/12/08 (dep.28/01/09) n.4123  
Vespasiani in Cass. Pen. vol. 49, fasc.9/2009 p.1106 ss

La concezione civilistica-formale prevede che la posizione di garanzia permane sempre in capo al datore di lavoro e la delega è apprezzata sul piano soggettivo della colpevolezza per escludere il dolo o la colpa, ma potrà determinare il coinvolgimento del delegato a titolo di concorso nel fatto riferibile al datore di lavoro.

La responsabilità colposa di quest'ultimo sarà in funzione dell'esigibilità di un comportamento, che impedisce l'inosservanza, rapportabile alle dimensioni dell'impresa, alla complessità, alla gestione, all'ampiezza della delega e al grado di autonomia del delegato.

La responsabilità dolosa dipenderà dall'effettiva conoscenza che il datore di lavoro ha riguardo alla commissione del reato da parte del delegato. In base a tale impostazione la delega non ha effetto costitutivo, rimanendo l'obbligo di sicurezza in capo al delegante al quale saranno ascrivibili le violazioni prevedibili e evitabili connesse al delegato.

La concezione intermedia sancisce che la delega incide sul comportamento dovuto dal garante originario e le violazioni commesse dal delegato sono riconducibili allo stesso, ogni qual volta il delegante si sia attenuto alla misura di diligenza richiesta o il comportamento dovuto non fosse esigibile. Il delegato assuma una posizione di garanzia ulteriore, aggiuntiva, derivata in via negoziale e può rispondere a titolo esclusivo delle proprie violazioni, invece il delegante resta titolare della posizione di garanzia originaria, è responsabile di eventi lesivi prodotti dal delegato ove non abbia osservato i residui obblighi di garanzia e ha l'obbligo di intervento ogni volta in cui si apprezza che il rischio connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa deriva da scelte di carattere generale di politica aziendale ovvero a carenze strutturali. Autorevole dottrina ritiene che la delega crea nuovi garanti ai quali è dato il compito di fronteggiare le fonti di pericolo individuate nelle singole unità produttive a cui sono addetti, ma non fa cessare in capo al delegante la posizione di garanzia, che non può

essere dismessa con atto di autonomia privata e che resta fino alla cessazione della qualifica da cui trae origine.

Il sistema di responsabilità infatti si compone di reati due volte propri, perché si richiede specifica qualifica in capo al soggetto attivo e perché riveste posizione di garanzia rispetto ai beni tutelati con effetto limitato di colpevolezza, salvo sul delegante la *culpa in vigilando* o *eligendo*.

In caso di inadempimento la responsabilità del delegato si apprezzerebbe in varie prospettive, in base agli art.40 cpv, artt.110 e 113 c.p., secondo che via sia o meno la consapevolezza o la possibilità di percepire l'inerzia del delegato con effetti traslativi, la possibilità di creare posizioni di garanzia derivate rilevanti sul piano della tipicità e di trasformare il dovere di sicurezza (residuo non delegabile) del dante causa.

La conseguenza sarà la possibilità di intendere gli obblighi di direzione e sorveglianza come doveri di organizzazione e controllo correlati alle dimensioni aziendali.

Altra teoria riconduce gli effetti della legge nell'alveo del "principio dell'affidamento" dando rilievo allo stato di fiducia, all'affidamento che il datore di lavoro pone nella corretta condotta di dirigenti e preposti.

Il delegante sarebbe esente da responsabilità, potendo confidare sul fatto che il delegato osserva e rispetta la norma organizzativa interna all'impresa. Tale efficacia liberatoria opererebbe fino a quando non venisse a conoscenza o fosse nelle condizioni di accorgersi dell'inadempimento del delegato.

La consapevolezza del datore riguardo alle violazioni degli incaricati, ove non seguita da un intervento ostativo, determinerebbe concorso mediante omissione nel fatto illecito del delegato.

Sotto la vigenza del precedente sistema si ammetteva infatti la delega di fatto<sup>54</sup>,

54 Santoro Passarelli G.(2008 )Profili problematici della norma in Santoro Passarelli G (a cura di),Testo unico sicurezza del lavoro. La nuova sicurezza in azienda. Commentario al titolo I del d.lgs.81/2008 op.cit., p. 133

da ravvisarsi nel caso in cui, anche in assenza di formale atto di investitura, il delegato avesse volontariamente assunto funzioni in materia di salute e sicurezza.

Tale meccanismo veniva subordinato dalla giurisprudenza a talune condizioni ossia l'affidamento che l'esercizio di fatto di tali funzioni creava nei terzi e il carattere inequivoco degli atti con cui le funzioni venivano esplicate: apparentemente superato dalle regole della nuova normativa, in certa misura rivive nell'art. 299 (esercizio di poteri direttivi).

Quest'ultima norma configura una responsabilità concorrente tra il titolare originario della posizione di garanzia e il detentore in via di fatto dei relativi poteri, con la conseguenza che il secondo non si sostituisce per responsabilità al primo, ma si affianca in una posizione di garanzia derivata da una situazione di fatto.

Infine minoritaria è la tesi per cui, ferma l'inderogabilità della posizione di garanzia prevista dall'ordinamento con riguardo al datore, il ricorso alla delega è un modo corretto di adempiere l'obbligo di sicurezza e può portare alla formazione di tante posizioni di garanzia quanti i soggetti a cui sono demandati i compiti, configurando la tipologia del datore di lavoro diffuso.

Al di là delle singole posizioni e concezioni, si riconosce che il datore di lavoro è il primo e principale destinatario degli obblighi di sicurezza, osservanza e sorveglianza delle misure e dei presidi di prevenzione antinfortunistica, in base alla normativa speciale di tutela e sicurezza sul lavoro (d.lgs. 81/2008) e alla disposizione di chiusura dell'art.2087 c.c., che integra la legislazione speciale. È il garante dell'incolumità fisica e morale del lavoratore, per cui ove non ottempera agli obblighi di tutela, l'evento lesivo gli viene addebitato in forza del principio all'art.40 cpv. La sua condotta è continuamente verificabile e soggetta a controllo e il parametro valido per stabilire se ha adottato tutte le

misure necessarie per prevenire infortuni è la massima sicurezza tecnologicamente possibile, intesa come l'obbligo in capo al soggetto in posizione apicale di adeguare costantemente il sistema di sicurezza, secondo la particolarità dell'attività svolta e della tecnologia conosciuta o conoscibile da parte dell'imprenditore.

Ai fini di una migliore configurazione dell'istituto, risulta utile il confronto tra delega ed attribuzione di incarico<sup>55</sup> e delega ed atto di individuazione del dirigente - datore di lavoro<sup>56</sup>.

In riferimento alla prima comparazione si evidenzia che la delega è un atto di autonomia privata, regolamentato da una nozione legale sia per il settore pubblico sia per quello privato e determina un'imputazione derivata degli obblighi del datore in capo al dirigente o preposto, con la necessità di un'accettazione scritta. Si sostanzia in una devoluzione volontaria dal datore di lavoro ad un alter ego, che si sostituisce a lui in tutti gli adempimenti datoriali degli obblighi di salute e sicurezza sul lavoro, tranne quelli indelegabili, nel rispetto formale e sostanziale dei requisiti di validità ed efficacia all'art.16 del d.lgs.81/2008.

L'attribuzione di incarico è insita invece in ogni organizzazione aziendale e, in base ad essa, i collaboratori del datore di lavoro, dirigenti e preposti<sup>57</sup> sono da considerare, a seguito del loro inquadramento nell'ambito delle attribuzioni e delle competenze, destinatari *iure proprio*, direttamente, automaticamente ed autonomamente, dell'osservanza dei precetti antinfortunistici.

È un atto di natura amministrativa, crea un'ulteriore figura aziendale e non

55 Bacchini F.(2008), Il cd testo unico sulla sicurezza: sguardo d'insieme e prime riflessioni in DRI, 2/2008,cit.,p. 420 ss

56 Pascucci P.(2009) ,L'Individuazione del dirigente-datore di lavoro e la sua presunta assimilabilità alla delega in La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici in LPA ,3- 4/2009, op.cit., p. 574 ss

57 art. 2 lett. e) c.1 "persona che in ragione delle competenze professionali e nei limiti dei poteri giuridici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli sovrintende all'attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori e esercitando un funzionale potere di iniziativa".

e determina un trasferimento di compiti sull'asse delegante/delegato.

Prevede l'attribuzione di funzioni esercitabili *iure proprio* e di doveri prevenzionali, compresi quelli indelegabili all'art.17 d.lgs.81, di tutti gli obblighi all'art.18 affidati congiuntamente e non a datori e dirigenti, e di quelli dei titoli successivi del decreto anche relativi alla responsabilità contravvenzionale di questi ultimi, come all'art. 19 dello stesso decreto.

L'inquadramento di competenze interne all'impresa o all'azienda determina in capo ai soggetti dell'organigramma funzionale l'assunzione a titolo originario della qualifica prevenzionistica di dirigente e preposto e ha ruolo alternativo e sostitutivo della delega.

Infatti, la predisposizione e il corretto funzionamento di un adeguato organigramma esecutivo - dirigenziale da parte del datore di lavoro lo esonererebbe, anche senza fare ricorso alla delega, dalla responsabilità antinfortunistica di livello organizzativo gestionale e di sovrintendenza esecutiva.

Il secondo raffronto è caratterizzato alcuni elementi di comunanza, ma anche da sostanziali differenze.

Si registra somiglianza per la forma scritta dell'atto, l'attribuzione di poteri decisionali e di spesa, l'adeguata e tempestiva pubblicità dell'incarico e l'obbligo di vigilanza sull'operato del soggetto incaricato.

Diversamente dalla delega, per l'atto di individuazione del dirigente - datore di lavoro non è necessario il possesso di specifici requisiti di professionalità ed esperienza, sebbene ne sia auspicabile e preferibile la presenza.

Il d.lgs.81 non richiede, infatti, che il datore di lavoro sia esperto di sicurezza, richiedendogli competenze gestionali e requisiti professionali di buon dirigente, all'altezza del delicato compito affidatogli.

Il dirigente inoltre assume la qualifica datoriale a titolo originario e non derivativo e, in virtù di tale investitura, risulta debitore dell'obbligo di

sicurezza verso i lavoratori. Il riferimento alla spettanza dei poteri di gestione non deve oscurare le competenze e non deve essere considerato come un vero e proprio requisito.

Essa rientra tra le capacità istituzionali dei dirigenti pubblici e trova conferma all'art.4 c.2 d.lgs.165/2001 laddove per "maggior poteri di gestione" si intende capacità gestionale nel senso di pienezza ed effettività in termini anche patrimoniali.

Nonostante il silenzio della legge, il requisito di spettanza non esclude, salve talune ipotesi, la specifica idoneità e capacità del dirigente ad occuparsi della salute e sicurezza.

Nel confronto si nota che non è necessaria l'accettazione da parte del dirigente, neanche se non appartiene all'area tecnica, dal momento che l'individuazione dell'organo di vertice è vincolante nei limiti dell'oggetto del contratto di lavoro.

La delega si colloca in una prospettiva di facoltatività attribuendo solo alcune funzioni datoriali, ad eccezione di quelle non delegabili, l'individuazione fa scaturire un incarico obbligatorio gravante sul datore di lavoro: l'uno è atto del datore, l'altro è collocato tra gli atti di alta amministrazione all'art.2 c.1 d.lgs.165/2001.

L'ambito applicativo dell'art.16<sup>58</sup> non comprende la delega in senso orizzontale in cui la ripartizione delle funzioni avviene tra soggetti di pari livello (apicali).

Nel caso ad esempio di responsabilità dell'organo collegiale nelle società di capitali, il consiglio di amministrazione nomina uno o più amministratori delegati a cui conferire compiti di attuazione della disciplina del d.lgs.81/2008.

Infatti la delega orizzontale è uno strumento per concentrare poteri decisionali

58 Brunelli R. (2010) L'art.16: la delega di funzioni in generale in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori, commentario al d.lgs. 9 aprile 2008 n.81 aggiornato al d.lgs. 3 agosto 2009 n.106 op.cit.p.277 ss

e di spesa su uno dei garanti a titolo originario che assume la qualifica di datore di lavoro, mentre nel caso di delega verticale, il datore di lavoro crea una nuova posizione.

La dottrina sottolinea che l'art.2 lett. b) porta ad una frammentazione delle posizioni di garanzia ed alla coesistenza di più datori nella stessa organizzazione, configurando il dirigente dell'attività produttiva come datore di lavoro delegato.

In realtà, costui deriva direttamente dalla delega la sua natura datoriale, esplicando i compiti indelegabili all'art.17, più che delegato è nominato e, in capo al vertice dell'impresa, si delinea un dovere di organizzazione del sistema di vigilanza sui datori di lavoro delle unità produttive.

L'art.17 del d.lgs.81/2008, ricalcando l'abrogato art.1 c.4 *ter* 626/1994, disciplina gli obblighi non delegabili, ovvero quelli di natura propulsiva e programmatica, che qualificano l'azione prevenzionale dell'impresa: la valutazione dei rischi, nucleo primario degli adempimenti datoriali; l'elaborazione del documento relativo e la nomina di RSPP, che permangono in via esclusiva in capo al datore di lavoro.

La non delegabilità disposta da tale norma non esclude la possibile cooperazione di terzi, ma sancisce l'indivisibilità della responsabilità penale e la sua integrale indifferibilità da datore a collaboratori.

Da ciò consegue che il problema di sicurezza deve essere preso in considerazione dal massimo livello di responsabilità e in tale prospettiva non delegare ad esempio la valutazione dei rischi non vuol dire per il datore di lavoro operare in solitudine, ma è un onere a suo carico, che attua avvalendosi dell'esperienza di collaboratori qualificati.

La responsabilità non è di posizione, anche il datore più sprovveduto sotto il profilo prevenzionale deve rilevare errori o omissioni significative e verificare

in concreto con riunioni periodiche l'operato dei professionisti delegati al settore di sicurezza.

Si ribadisce, perciò, che non si considera esente da responsabilità il datore di lavoro se le mancanze nella disciplina antinfortunistica attengono a scelte di carattere generale di politica aziendale e non viene mai meno l'obbligo di intervenire in caso di carenze strutturali, dal momento che l'adozione di scelte aziendali di alto livello e di politiche coerenti è ontologicamente legata alla funzione datoriale.

La differenza rispetto alla formula del d.lgs. 626 si evidenzia nell'eliminazione del riferimento alla non delegabilità, nelle imprese fino a 10 lavoratori, del potere di autocertificazione circa la valutazione dei rischi e l'adempimento degli obblighi collegati.

Questa scelta legislativa è spiegabile nella soggezione entro il 30 giugno 2012 anche di tali imprese alle procedure di valutazione del rischio e nel periodo transitorio l'incongruenza è superabile con un'interpretazione sistematica della norma e dell'indelegabilità del potere autocertificatorio.

Tali limiti legali si confrontano con il principio di indelegabilità del controllo datoriale sul sistema generale di sicurezza, per cui la sua posizione di insostituibilità non si esaurisce all'aspetto preventivo, ma si estende all'attuazione della sicurezza.

In caso di un piano di valutazione dei rischi idoneo e funzionale, il datore di lavoro non può rinunciare al potere sostitutivo e integrativo rispetto ad attività delegabili, qualora l'organizzazione aziendale indirizzi il malfunzionamento delle stesse.

Il problema di traslazione del rischio è individuato sulla base di due principi: la personalità della responsabilità penale (si risponde per fatto proprio) e la possibilità di orientare in modo diverso la sfera soggettiva di incidenza del precetto penale, alla stregua dei quali si interpreta la delega delle funzioni.

Il d.lgs. 626/1994 non aveva enucleato i requisiti per rendere la delega efficace e liberatoria di responsabilità, per cui si erano recuperati quelli di validità della delega di matrice giurisprudenziale.

Il catalogo predisposto dalla giurisprudenza prevedeva, innanzitutto, il requisito dimensionale, individuato nel fatto che la validità della delega in materia antinfortunistica richiedeva che il datore di lavoro, a causa delle proporzioni dell'impresa, non potesse seguire di persona l'andamento dei singoli settori produttivi.

Esso aveva portato a contrastanti soluzioni, infatti la stessa Corte di Cassazione, pur riconoscendo che tra i presupposti di validità del trasferimento delle funzioni vi fosse quello oggettivo delle dimensioni dell'impresa, successivamente ammetteva la delega anche in mancanza di dimensioni notevoli, in maniera più aderente alle dinamiche imprenditoriali moderne che, richiedendo numerosi adempimenti tecnici ed amministrativi legati alla direzione dell'impresa, rendono lo stesso irragionevole.

L'assolvimento dei compiti assegnati richiedeva inoltre il conferimento di poteri effettivi: organizzativi, gestionali e di spesa.

Il delegato doveva avere poteri decisionali per organizzare il settore in autonomia e sulla base della sua idoneità tecnico-professionale.

Doveva avere un potere di spesa e un'attribuzione di mezzi finanziari rapportati alla complessità ed all'ampiezza degli incarichi attribuiti al delegato, coerentemente al principio di congruità.

Prima del testo unico, la giurisprudenza aveva individuato l'autonomia di spesa del delegato come requisito essenziale dell'istituto, data l'incoerenza logica di un'attribuzione di poteri decisionali e di interventi del delegato, in maniera disgiunta dal riconoscimento della correlativa disponibilità economica.

Per quanto concerne la forma, si contrapponevano due orientamenti: in base al primo si poteva fare a meno della forma scritta, purchè il trasferimento delle funzioni fosse ricavabile dalla ripartizione di compiti e poteri con risultanze anche da comportamenti in equivoci; in base al secondo, la contrarietà alle deleghe implicite comportava la prescrizione della forma scritta e la data certa per ragioni probatorie e di certezza processuale.

Indipendentemente dalla posizione adottata, il contenuto doveva essere preciso, specifico, di ambito delimitato, idoneo a far conoscere al delegato i compiti da svolgere e gli illeciti di cui potesse rispondere.

La devoluzione positiva poteva avere effetto concreto in caso di accettazione da parte del delegato che, prendendo in carico quanto conferitogli ed assumendo i relativi poteri, consentisse un trasferimento di responsabilità, altrimenti non realizzabile da parte del solo delegante.

Le indicazioni di dottrina e giurisprudenza sono state recepite nell'art.16 c.1 del d.lgs.81/2008, in cui si chiariscono i requisiti necessari della delega, che ne ammettono l'esistenza entro alcuni limiti e condizioni:

- a) che essa risulti da atto scritto recante data certa,
- b) che il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate,
- c) che attribuisca al delegato 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.

Nel T.U.S.L. si esplicitano anche una serie di principi funzionali all'istituto in parola: il principio di certezza, di scrittura, di specificità della delega, dell'assenza di *culpa in eligendo* e di *culpa in vigilando* collegata ai sistemi di verifica e controllo.

Trova collocazione anche il principio dell'autonomia patrimoniale, della consapevolezza in capo al delegato ancorato all'accettazione scritta e di effettività della titolarità del potere.

Non si fa riferimento al divieto di ingerenza del delegante né di perdita di efficacia della delega se il delegante viene a conoscenza dell'inefficienza del delegato per il principio di connivenza o di acquiescenza<sup>59</sup>.

Dall'esegesi della prima parte della norma risulta l'assenza di ogni riferimento alle dimensioni della realtà aziendale, per cui è utilizzabile non solo nelle organizzazioni complesse, ma anche nelle piccole imprese e la sua irrilevanza per la validità della delega trova corrispondenza nell'art.1 c.4 *ter* d.lgs. 626/1994, che lo escludeva nel richiamarsi alla non delegabilità delle funzioni primarie.

Il legislatore dà una risposta anche per la forma, risolvendo i dubbi e i contrasti interpretativi e consegnando una delega che risulta da atto scritto recante data certa.

La scelta espressa nell'art.16 c.1 lett. a) è per una forma scritta ad substantiam, come requisito essenziale e sostanziale, e traspone anche nel settore privato un criterio di trasparenza e controllabilità dall'esterno delle scelte datoriali in materia.

Recepisce l'orientamento basato sul principio di certezza secondo il quale la delega ha validità ed effetto liberatorio, se dalla stessa emergono in modo chiaro i compiti del delegato e le responsabilità, attraverso un'elencazione dal contenuto specifico, dettagliato, puntuale, espresso e che non abbia per oggetto attività concernenti l'organizzazione dell'impresa<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Soprani P.(2009), La delega di funzioni in DPL vol.26, fasc.38/2009, p.2205 ss.

<sup>60</sup> La conferma di tale orientamento è data dalla sentenza del 13 luglio 2009,n.28585 della sezione IV della Cassazione Penale.

Il datore di lavoro, che delega ad altri in materia di sicurezza, non dunque esente da responsabilità se la delega non risulta da atto formale e, affinché la medesima sia efficace, il suo rilascio va provato in modo rigoroso, deve essere espressa, inequivoca e certa, non implicitamente presunta dalla ripartizione interna dell'azienda dei compiti dati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa <sup>61</sup>.

Negli ultimi anni poche sentenze hanno affermato l'esigenza della forma scritta, ma comunque si è ribadita la necessità che sia espressa e documentata con certezza e la possibilità della prova anche in assenza di atto scritto, ferma restando l'opportuna verifica. Ulteriori pronunce minoritarie, in contrapposizione, hanno sostenuto invece la validità anche della delega implicita, in caso di comprovata e appropriata strutturazione della gerarchia di responsabilità delle posizioni di vertice. Tale opinione giurisprudenziale è difficilmente sostenibile alla luce della nuova disciplina del processo penale, data l'impossibilità di limitare l'accertamento della esistenza di circostanze di fatto ad alcuni mezzi di prova in base al principio di libero convincimento del giudice, che si contrappone al giudizio civile, caratterizzato da divieti codificati di provare fatti specifici se non con atto scritto.

La mancanza di validità della delega implicita è stata ulteriormente confermata anche con riferimento alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione<sup>62</sup>. Infatti la responsabilità penale "diretta" del datore di lavoro (e soggetti assimilati: dirigente, preposti) per l'inosservanza delle

<sup>61</sup> In tal senso si ricordano le sentenze della Cassazione Penale, sezione IV, del 16 febbraio 2010, n.6210 e dell'1 giugno 2010, n.20592 in <http://olympus.iniurb.it> e le indicazioni giurisprudenziali presenti in Guariniello G. (2011), Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza. Aggiornato con le sentenze sui d.lgs.81/2008 e 106/2009 op. cit., p.111ss.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. IV, 16 febbraio 2012, n.6400 in <http://www.testo-unico-sicurezza.com/sentenza-cassazione-in-materia-di-prevenzione-sicurezza-ambienti-lavoro>

norme dettate in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro non è esclusa *ex se* per il solo fatto che sia stato designato il RSPP, dal momento che tale adempimento che il datore di lavoro è tenuto a fare a norma di legge non equivale a “delega di funzioni”.

Non sarà utile ai fini dell’esonero dalla sua responsabilità per la violazione della normativa antinfortunistica e non determinerà il “trasferimento” al delegato di una posizione di garanzia, che, come è noto, compete al datore di lavoro in quanto *ex lege* onerato dell’obbligo di prevenire la verificazione di eventi dannosi connessi all’espletamento dell’attività lavorativa. In definitiva l’assenza di forma scritta non è surrogabile da altri elementi o comportamenti, che non avrebbero lo stesso valore probatorio, mentre va esclusa la legittimità della delega inespressa e tacita perché impedisce di valutare l’accettazione da parte del delegato.

Tale requisito ha una funzione chiarificatrice in chiave probatoria, che è conferita dagli organi competenti secondo le procedure che regolano l’organizzazione e deve resa nota al destinatario, senza ulteriore onere di allegazione da parte del datore di lavoro in sede processuale.

Il soggetto, tenuto all’adempimento della prestazione imposta dalla legge, deve dimostrare l’assenza di responsabilità conseguente alla sua inottemperanza per effetto di una valida delega di specifiche competenze, nei casi consentiti, ad altri soggetti<sup>63</sup>.

In base al principio di effettività la regola, per cui la delega deve essere provata da parte del delegante è corollario di quella per cui la delega, anche in concreto attuabile in via legittima, è un fatto eccezionale rispetto alla responsabilità in materia di sicurezza gravante in primo luogo e in via generale sul datore di lavoro.

63 Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2009, n. 12866 in Guariniello G., op. cit., p. 111

Nonostante perciò l'importanza indiscutibile della forma, sarà sempre necessario verificare che il delegato abbia poteri di spesa e decisione in relazione alla messa in sicurezza dell'ambiente di lavoro, al di là del contenuto formale della delega.

Se in virtù del succitato principio di effettività, alla base della disciplina prevenzionistica, la delega deve tradursi nell'effettiva operatività del delegato, il presunto contrasto tra l'art.16 e l'art.299, che sancisce l'esercizio di fatto di potere direttivo da parte di un soggetto diverso da quello a cui è conferita la delega, si attenua nel momento in cui una delega effettiva ma invalida, perché priva di requisito formale, non esonera il delegato.

L'atto richiede altresì una data certa, che deve essere documentata da atto notarile o registrazione per la determinazione e la certezza della decorrenza temporale, dal momento che le scritture inter partes senza certificato affidabile non fuggono le riserve. Il delegato, edotto attraverso procedure formali altamente garantiste, deve accettarla secondo quanto indicato alla lettera e) della presente norma, con atto scritto in modo libero e consapevole<sup>64</sup>.

Di tale adempimento non è prevista l'onerosità, che non sarebbe necessaria in virtù del principio di effettività che imputa su chi riveste quel ruolo automaticamente il complesso di concrete responsabilità.

Maggiori dubbi sorgono intorno alla necessità della forma scritta, ma il dato letterale e la previsione per cui l'atto di delega impone che la legittimità dello strumento è condizionata alla verificabilità documentale dell'atto attributivo di prerogative e dell'accettazione dovrebbero deporre in senso affermativo.

La lettera b) dell'art.16 c.1 richiede il requisito di professionalità ed esperienza

<sup>64</sup> Cass.pen.,sez.III , 27 giugno 2012, n.25359 in <http://olympus.iniurb.it>, sulla necessità dell'accettazione da parte del soggetto delegato e la stigmatizzazione dell'unilateralità di tali atti.

del delegato e si discosta da quelli omonimi richiesti dall'orientamento giurisprudenziale della Cassazione, che per l'idoneità riteneva bastevole la generica capacità organizzativa del delegato.

Molte volte la stessa aveva evidenziato come non vi fosse logicamente e giuridicamente la necessità che il delegato avesse una competenza specialistica diversa e superiore, ma come quella dell'imprenditore a cui si sostituiva e di cui assumeva la responsabilità anche penale e che fosse dotato delle necessarie capacità organizzative.

La norma del T.U.S.L. non parla di competenza tecnica o specifica, ma di funzioni delegate utili per risalire alla presenza o meno dell'idoneità del delegato. La delega consiste in generale nel trasferire i poteri riferiti alla gestione dell'impresa dal delegante al delegato, in un'attività di pianificazione e di coordinamento dei mezzi di produzione.

Non sempre le funzioni si esauriscono nell'esercizio di un'attività organizzativa, infatti, nel caso in cui le funzioni delegate richiedono cognizioni tecniche specialistiche, il delegato per essere idoneo ed evitare che il datore di lavoro incorra nella *culpa in eligendo* deve essere dotato di competenza tecnica specialistica. L'idoneità del delegato è valutata dal giudice *ex ante* in base ai dati a disposizione del garante al momento del conferimento dell'incarico.

In riferimento alla professionalità si stabilisce invece che l'imprenditore ha poteri di tipo non specialistico, la cui componente tecnica si esaurisce nella gestione dell'impresa, perciò, l'idoneità del delegato si misura in relazione all'affidabilità ai compiti di carattere organizzativo rientranti nel paradigma imprenditoriale.

La specifica competenza tecnico professionale si determina dunque non in base al titolo di studio, ma valutando competenza ed esperienza in analoghe funzioni.

In relazione al delegato non in grado di svolgere funzioni delegate, la Corte di Cassazione<sup>65</sup> evidenzia che l'invalidità della delega impedisce l'esonero di responsabilità del delegante, ma non esclude la responsabilità del delegato che svolge le funzioni delegate.

Questi, se ritiene di non essere nelle condizioni di svolgere le funzioni, deve chiedere al delegante di porlo in grado di compierle e, in caso di rifiuto, può rifiutare a sua volta il conferimento della delega.

La stessa Corte <sup>66</sup>, inoltre, riguardo alle cognizioni tecniche del delegato, conferma a carico del datore di lavoro il dovere di rimediare al delegato palesemente inadempiente ad obblighi di sicurezza e ricorda quanto affermato dalla precedente giurisprudenza.

Gli obblighi di prevenzione, assicurazione, sorveglianza possono essere delegati con subentro del delegato nella posizione datoriale, ma l'atto di delega deve investire persona capace tecnicamente dotata di necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento. Il datore mantiene su di sé in ogni caso l'obbligo di vigilare e controllare che il delegato usi in concreto la delega secondo quanto la legge lo prevede.

I poteri di organizzazione, gestione e controllo del delegato, legati alle funzioni delegate sono contemplati nella lettera c) della norma in esame.

In giurisprudenza si è dibattuta la compatibilità con il precedente requisito e, in taluni casi, la capacità tecnico-funzionale è stata intesa in un'accezione ampia come attitudine del soggetto sul piano tecnico - funzionale e come dimostrata capacità su un piano organizzativo - gestionale, in termini di reali poteri di gestione con competenza del delegato a trasferire compiti a soggetti capaci di eseguirli.

<sup>65</sup> Cass. pen. sez. III, 20 novembre 2009, n. 44890 in LPO. vol 37, fasc. 5/2010 p. 589 ss.

<sup>66</sup> Cass. pen. sez. III, 23 gennaio 2012, n. 2694 in <http://olympus.iniurb.it>

La Cassazione ai fini di esonero di responsabilità dell'imprenditore o del titolare del potere di gestione dell'impresa sociale, con un indirizzo minoritario condiviso da parte della dottrina, riteneva ininfluenza il patrimonio tecnico-professionale del delegato, essendo il possesso da parte del delegato di poteri di spesa e gestione l'unica condizione veramente decisiva.

La nuova norma fa una scelta compromissoria non dà rilievo esclusivo all'uno o all'altro, ma reputa entrambi utili per un corretto esercizio della delega.

Non basta che il delegato abbia certe attitudini professionali, a queste devono essere connesse capacità e potestà gestionali ed organizzative, sicché il primo requisito esiste ab origine nel soggetto prescelto, il secondo si acquisisce mediante la delega.

A suffragio della compenetrazione tra tali requisiti è stato osservato<sup>67</sup> che la delega di funzioni spettanti e facenti carico al datore di lavoro, nei riguardi di terzi, richiede una inequivoca e certa manifestazione di volontà anche dal punto di vista del contenuto, con conferimento al delegato, persona competente ed esperta, di poteri di organizzazione, gestione e controllo adeguati agli incumbenti attribuiti, nonché di autonomia di spesa per lo svolgimento delle funzioni delegate.

L'art.16 c.1 lett. d) prevede l'ulteriore requisito dell'attribuzione di autonomia di spesa necessaria per lo svolgimento delle funzioni delegate<sup>68</sup>.

La delega esige che tra datore e delegato si realizzi un passaggio di ruoli sostanziale, attuabile se il delegato ha tutti gli strumenti necessari compresi quelli economici e che consente allo stesso di operare in prima persona in qualità di garante dell'obbligo di sicurezza, soggetto al controllo del delegante.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2010, n.7691 in <http://olympus.iniurb.it>

<sup>68</sup> A riguardo Levi A.(2010), Sicurezza: delega e autonomia di spesa in DPL, vol.27, fasc.10/2010, p.545ss

La mancanza di autonomia di spesa è causa di illegittimità ed improduttività di effetti giuridici della delega e determina, alla luce del principio di effettività, un'attribuzione solo formale. Il delegante che non mette il delegato in condizioni economiche di operare in via autonoma non trasferisce la responsabilità penale, resta obbligato ed è personalmente perseguibile in caso di violazione della normativa antinfortunistica<sup>69</sup>.

Il delegato non può eccepire a posteriori la mancanza del requisito, ma deve evidenziare a priori l'illegittimità della delega, sollecitando l'imprenditore a realizzare quanto necessario per il trasferimento di ruoli che la delega presuppone, con l'intesa che se le richieste non sono esaudite il delegato rimette la delega. Ribadendo che, nel caso in cui il delegato non ha strumenti necessari, il delegante non è liberato dal debito prevenzionistico e la delega è illegittima, si responsabilizza il delegato che ha concorso con la sua inerzia all'inadempimento, censurandola. La logica della decisione è evitare che la delega in concreto permetta elusioni di responsabilità penale in materia di sicurezza ed interventi fraudolenti, un'esigenza che viene attuata attraverso la ricerca di soluzioni sufficientemente valide, che coniugano delega e necessarie dotazioni di requisiti.

Una corretta messa a fuoco giustifica la quantificazione del potere economico da dare al delegato, se è necessario un potere di spesa illimitato o un budget determinato.

La questione che condiziona la risposta allude alla scelta tra: massima sicurezza tecnologicamente possibile che esige l'acquisizione di tutte le misure necessarie per eliminare i rischi di infortunio o per ridurli al di là dei costi economici, e massima sicurezza tecnologicamente attuabile che consente ad un

69 Cass.pen.,sez III, 21 gennaio 2011, n. 1855 in <http://www.testo-unico-sicurezza.com/sentenza-cassazione-in-materia-di-prevenzione-sicurezza-ambienti-lavoro> e Cass.pen. sez. IV, 26 aprile 2011,n.16311 in <http://olympus.iniurb.it>

imprenditore di procedere all'acquisto di misure di sicurezza, tenendo conto dei costi in rapporto alle effettive disponibilità economiche.

La scelta è cruciale e il problema si origina a partire dalla formulazione dell'art. 2087 c.c., che non concede sconti alla massima sicurezza tecnologicamente possibile imponendo all'imprenditore di adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore subordinato, un'opzione poco realistica con un'applicazione repressiva.

Il T.U.S.L. riafferma la scelta del codice civile, elevando in una pluralità di norme il grado di innovazione tecnologica a parametro della scelta delle misure da adottare, aggiornate in relazione ai mutamenti organizzativi ai fini della sicurezza, definendo il concetto di prevenzione e disciplinando l'attività di valutazione dei rischi.

Ai fini dell'effettività della tutela occorre tenere conto, nell'ambito della migliore sicurezza tecnologica disponibile, anche della valutazione dei costi economici e delle metodologie da utilizzare, in modo tale da reperire alla luce di tutto ciò la risposta sull'entità di autonomia di spesa da dare al delegato.

Qualora si ritenga applicabile la massima sicurezza tecnologicamente possibile si conclude per una capacità di spesa illimitata, se invece si propende per quella concretamente attuabile l'adeguatezza del budget sarà valutabile caso per caso in base alle spese.

Nella corrispondenza della delega ai requisiti, l'atto trasla al delegato la posizione di garanzia limitatamente alla sicurezza dei lavoratori e degli ambienti interni all'azienda e la responsabilità, in linea con la sua natura di negozio bilaterale con cui si trasferiscono poteri e funzioni da un soggetto (delegante) ad un altro (delegato) che ne assume la temporanea titolarità ed il rischio relativo.

L'art.16 c.2 del presente decreto recita:“alla delega di cui al c.1 deve essere

data adeguata e tempestiva pubblicità”<sup>70</sup>.

La Cassazione ha stabilito che le evidenti esigenze di certezza connesse alla delicatezza ed all'importanza della materia richiedono ai fini liberatori la sua adeguata pubblicità.

Certezza e conoscibilità sono i presupposti minimi per l'apprezzabilità e la valutazione della delega nel mondo del diritto, la cui esistenza è condizione necessaria e sufficiente per trasferire la responsabilità penale. L'assenza di indicazioni precise non permette soluzioni univoche, ma si ritiene che, in forme certe e verificabili, deve riguardare la collettività di lavoro, in cui il delegato si trova investito di poteri gestionali.

Tale carattere non è riconosciuto alle scritture private o agli atti di natura e rilevanza analoga, più idoneo è l'atto notarile ovvero l'atto sottoscritto davanti al pubblico ufficiale. Va inteso anche come pubblicità interna all'azienda cioè come il rendere conoscibile l'atto e l'investitura a tutti i dipendenti dell'azienda.

Tale esigenza si può soddisfare con modalità ritenute opportune dal datore di lavoro: circolari, affissione dell'atto in luoghi accessibili a tutti e lettere interne, secondo le indicazioni date a riguardo dal Ministero dello Sviluppo Economico, che ne ha sottolineato l'opportunità ai fini di diffusione dell'esistenza delle deleghe.

Non inserita nelle condizioni di ammissibilità, la mancanza del suo rispetto determina, tuttavia, l'ineffettività dell'atto di delega.

I compiti del delegante si traducono nel coordinamento di più collaboratori o nel coinvolgimento di più soggetti, perciò, la conoscenza o la conoscibilità del soggetto responsabile è requisito per l'effettività del potere ad esso delegato.

70 Degl'Innocenti L.(2010),Le novità in materia di delega di funzioni introdotte dal d.lgs.3/08/2009 n 106 in Cass.pen. vol.50,fasc.6/2010,p.2479 ss.

Infine, il riferimento al datore di lavoro<sup>71</sup>, come soggetto delegante, riguarda solo l'interpretazione letterale.

La larga diffusione mostra, infatti, l'ammissibilità anche nei confronti di altri soggetti non datoriali e, nel rispetto delle condizioni e degli standards in materia, la delega è conferibile a persona capace e con potere di spesa, pertanto, offre maggiori garanzie, nel caso in cui il delegante sia non adeguatamente competente o persona impegnata. "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. 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'art.30, comma 4".

Con tale disposizione, l'art.16 c.3 introduce l'obbligo della vigilanza del datore di lavoro sulle funzioni esercitate da parte del delegato e le modalità della sua ottemperanza.

Il tema è stato affrontato più volte dalla giurisprudenza che nelle prime pronunce ha giudicato inconcepibile la sussistenza in capo al datore di poteri di controllo e ingerenza nella sfera del delegato, e la Cassazione ha ritenuto che, una volta conferita una delega efficace, non persistesse in capo all'imprenditore un potere di sorveglianza sul concreto esercizio delle attribuzioni delegate, per evitare di vanificare la stessa.

Dal momento che quest'ultima trasferisce in capo ad altri la funzione di controllo di determinati aspetti dell'attività aziendale, la stessa Corte ha precisato che si può parlare di delega inidonea ad esonerare la responsabilità penale, se il delegante non esaudisce la richiesta di intervento da parte del delegato o se il delegante, venuto a conoscenza di comportamenti negligenti o sopravvenuta inidoneità del delegato, non è intervenuto.

71 Basenghi F.(2008), La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale in DRI, 2/2008, p. 435

Dal momento che quest'ultima trasferisce in capo ad altri la funzione di controllo di determinati aspetti dell'attività aziendale, la stessa Corte ha precisato che si può parlare di delega inidonea ad esonerare la responsabilità penale, se il delegante non esaudisce la richiesta di intervento da parte del delegato o se il delegante, venuto a conoscenza di comportamenti negligenti o sopravvenuta inidoneità del delegato, non è intervenuto.

Secondo tale orientamento un dovere di verifica in capo al datore è presente soltanto nel caso in cui vi sia un incarico di esecuzione, mediante il quale sono stati trasferiti non poteri gestionali autonomi, ma di natura esecutiva ed attuativa.

L'indirizzo prevalente e recepito attualmente dal legislatore è quello per cui, nonostante il trasferimento di funzioni e poteri dal delegante al delegato, nel primo restano i poteri di sorveglianza sul concreto esercizio di poteri delegati. Il datore di lavoro è il primo garante della sicurezza in azienda e, in quanto tale, è titolare del potere - dovere di controllare costantemente che ogni struttura e impianto aziendale funzioni in modo adeguato sotto il profilo prevenzionistico. La delega di funzioni per quanto corretta ed efficace non può legittimare un sostanziale disinteresse del datore di lavoro, tenuto sempre ad un controllo sul generale adempimento della gestione dell'impresa e delle funzioni delegate<sup>72</sup>. L'art.16 c.3 del d.lgs.81/2008 segue dunque tale impostazione ed introduce un concetto di vigilanza "alta"<sup>73</sup>, che coinvolge sia il datore di lavoro su cui ribadisce *expressis verbis* la persistenza di tale obbligo, sia gli enti con un indiretto riferimento alla responsabilità amministrativa, contemplata dal d.lgs.

72 Sul punto Cass.pen., sez IV,7 novembre 2008,n.41821 in Guariniello G.op.cit.,p.110 e Veltri A (2012), I requisiti della delega di funzioni nel decreto legislativo n. 81/2008, alla luce delle modifiche del Decreto Legislativo n. 106 del 2009 in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)

73 A riguardo si tengano presenti le indicazioni sulla sentenza 19 marzo 2012 n.10702 ,Cass.pen.sez. IV ,date da Petrillo F.(2012), Gli effetti della delega alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro e Diglio P.(2012),Il datore di lavoro risponde della morte del dipendente in caso di omissione del delegato per la sicurezza sul lavoro? Nota a Corte di Cassazione –Sezione Quarta Penale ,Sentenza 19 marzo 2012 n. 10702 in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it)

231/2001 e che, al di là dell'esatta estensione, non implica un controllo sulla minuta conformazione delle singole lavorazioni che la legge affida al garante, ma sulla correttezza della complessiva gestione del rischio e lo svolgimento delle mansioni da parte del delegato.

La norma nella formulazione iniziale fornisce un'indicazione puntuale sulle modalità di controllo, precisando che la vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'art.30 c.4 dello stesso decreto, facendo ricorso al modello organizzativo - gestionale previsto dal d.lgs.231/2001, connotato di efficacia esimente per la responsabilità amministrativa di persone giuridiche, società e associazioni anche senza personalità giuridica.

L' art. 2 lett. dd) definisce infatti il modello di organizzazione e gestione come il modello organizzativo e gestionale per la definizione della politica aziendale per la salute e sicurezza ai sensi dell'art.6 c.1 lett.a) del d.lgs.231/2001, previsto per i delitti di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime connessi a alla violazione di norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La legge non coordina bene i d.lgs.231/2001 e 81/2008, ma in assenza di un modello si configura a carico del datore una prova liberatoria "diabolica", con riferimento a condotte omissive del soggetto delegato, dovendosi dimostrare che l'evento dannoso si sarebbe comunque verificato anche in caso di corretta attuazione dell'art.30.

L'art.12 del d.lgs.106/2009 modifica il c.3 dell'art.16 e stabilisce che l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro è assolto in caso di adozione e efficace attuazione del modello di verifica e controllo all'art.30 c.4 d.lgs. 81/2008. Elimina la congiunzione "anche" e configura questa modalità di assolvimento come l'unica in via presuntiva dell'obbligo datoriale di vigilanza, dando maggiore efficacia liberatoria alla formula generica iniziale e incontrando le esigenze del mondo imprenditoriale.

Oggi adozione ed attuazione di tale modello non costituiscono un'indicazione

riguardo le modalità con cui il controllo è esercitato, ma l'esercizio del controllo medesimo in una sorta di equiparazione tra adozione del modello e sistema di controllo basato sull'attuazione dello stesso e sull'esercizio dell'obbligo di vigilanza.

L'art. 6 c.8 lett. m) del d.lgs.81/2008 stabilisce che alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza su lavoro spetta il compito di indicare i modelli di organizzazione e gestione aziendale ai fini dell'art.30 del d.lgs.81 e, sulla base del c.5 *bis* dello stesso, come inserito dall'art. 20 d.lgs.106/2009, di elaborare procedure semplificate per l'adozione ed efficace attuazione degli stessi modelli nelle piccole e medie imprese, recepite con decreto dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

L'art. 30 del decreto correttivo ha aggiunto inoltre all'art. 51 d.lgs. 81/2008 i commi 3 *bis* e 3 *ter*. In base al primo gli organismi paritetici asseverano, su richiesta delle imprese, l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione della sicurezza all'art.30, asseverazione di cui gli organismi di vigilanza tengono conto per la programmazione delle proprie attività, mentre il secondo prevede che, a tali fini, gli organismi paritetici istituiscano commissioni paritetiche tecnicamente competenti.

Una volta attestata, l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza e del sistema di verifica e controllo costituisce il fatto notorio, all'art. 2727 c.c., su cui si fonda la presunzione all'art.16 c.3 sec. periodo d.lgs.81, presunzione suscettibile di prova contraria.

In dottrina si prevede che il modello non deve necessariamente identificarsi con quello di organizzazione e gestione rispondente ai requisiti dell'art.6 del d.lgs.231/2001, con la conseguente istituzione dell'organismo di vigilanza e controllo al c.1 lett.b) dello stesso articolo, perché la norma del T.U.S.L. non fa espresso riferimento ad organismi di controllo dell'ente, consentendo che la vigilanza possa essere svolta direttamente dal datore di lavoro.

In definitiva ove l'organo dirigente dell'ente abbia adottato e attuato il modello

conforme sia ai requisiti all'art.6 d.lgs.231/2001 sia all'art.30 c.4 d.lgs.81 si configura, oltre all'efficacia esimente della responsabilità amministrativa dell'ente per delitti in materia di sicurezza sul lavoro, anche la presunzione relativa di adempimento da parte del datore dell'obbligo di vigilanza sul soggetto delegato, mentre se è adottato solo il modello all'art.30 c.4 si produce soltanto la presunzione relativa.

Il requisito dimensionale estraneo alla delega rileverà in tale ambito: nelle realtà semplici si avvicina al controllo personalistico, in quelle complesse il dovere di vigilanza diventa dovere di sorveglianza.

Di notevole importanza è la questione relativa all'efficacia liberatoria della delega sulla quale, prima del d.lgs.81/2008, l'esperienza dottrinale e giurisprudenziale è stata molto divisa, sfociando in due distinte correnti di pensiero.

La prima prevede che, in presenza di requisiti di validità e operatività, la delega determina l'esclusione di responsabilità del delegante, in virtù del fatto che gli adempimenti in capo al datore di lavoro si esauriscono in un passaggio di funzioni al delegato, considerato datore di lavoro di fatto.

Essa determina un mutamento oggettivo, relegando in una posizione marginale ogni analisi dell'elemento psicologico del datore di lavoro, nel caso in cui mantenga una posizione di estraneità agli adempimenti delegati. Qualora, a fine verifica, risultasse un coinvolgimento anche involontario nell'attività del delegato, il dante incarico si troverebbe nel ruolo di datore, riacquistando la posizione di garanzia e gli obblighi di prevenzione.

In base alla seconda concezione, invece, il trasferimento di funzioni ad altro soggetto non esonera il datore di lavoro da responsabilità, non essendo la delega un adempimento alternativo di obblighi istituzionalmente gravanti su quest'ultimo.

La delega non muta oggettivamente la struttura degli adempimenti penalmente

rilevanti, con un dovere di vigilanza e controllo in capo all'imprenditore analogo a quello dell'obbligo trasferito.

Il legislatore delegato ha avallato la seconda impostazione per cui la responsabilità datoriale si fonda su una culpa in vigilando, secondo uno schema valido per tutte le violazioni di norme penali imputabili all'attività di impresa. La conseguenza è che la delega di poteri assume la funzione di individuare un sistema di corresponsabilità, non potendo assicurare il trasferimento totale di responsabilità dal soggetto delegante al soggetto delegato.

La delega di funzione è, dunque, uno strumento gestionale, che trova giustificazione nella complessità dell'azienda e ha effetto liberatorio come conseguenza naturale, con delle precisazioni.

Per la responsabilità penale: da un lato è ipotizzabile l'esonero di responsabilità verso il soggetto delegante e, seguendo la teoria funzionalistica, la delega trasferirebbe la titolarità della posizione di garanzia con concentrazione di tutte le responsabilità al delegato, dall'altro non è esclusa la permanenza dell'obbligo di vigilanza ed in base alla teoria soggettivistica, l'imprenditore resterebbe il garante primo degli interessi lavoristici penalmente tutelati.

Per quanto riguarda la responsabilità civile la delega non incide su di essa, disciplinata dalla normativa generale artt.2087 e 2049 c.c. solo parzialmente derogata dalla disciplina artt. 10 e 11 del D.P.R.1965 n.1124, che esclude la responsabilità del datore per infortuni sul lavoro e malattie professionali, omesse misure di tutela, in assenza di reato perseguibile d'ufficio.

In ossequio in particolare all'art. 2087 c.c., il datore di lavoro, in seguito ad un infortunio che ha colpito un proprio dipendente, non può invocare come fatto liberatorio l'aver delegato a terzi l'adempimento dell'obbligo di adozione di misure di sicurezza necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore, permanendo a suo carico la responsabilità civile per i fatti dolosi o colposi di costoro.

Un'importante innovazione in materia è stata segnata dal c.3 *bis* aggiunto all'art.16 d.lgs.81/2008 dal d.lgs.106/2009, che ha formalizzato l'istituto della subdelega da parte del soggetto delegato : “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.

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 soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta delegare le funzioni delegate”.

A riguardo in giurisprudenza e in dottrina è stato spesso richiamato il principio “*delegatus delegare non potest*” per sancire il divieto di subdelega delle funzioni in materia di sicurezza, anche in modo non sempre convincente e funzionale al rispetto delle esigenze di tutela del bene protetto.

Le argomentazioni, a sostegno della tesi di non ammissibilità della stessa, si basano sulla considerazione che la delega rientra tra le attribuzioni personalissime del datore di lavoro e che lo stesso art.16 T.U.S.L. non prevede questa possibilità per soggetti diversi, al fine di impedire pericolosi slittamenti verso il basso della responsabilità penale antinfortunistica e deleghe a “cascata”.

In tale direzione la subdelega porterebbe l'effetto di non consentire al delegante l'esercizio del potere di controllo sui requisiti di idoneità e capacità del delegato sia di quello relativo alla verifica di rispondenza dell'attività svolta ai contenuti della delega, inclinando ed estinguendo il rapporto fiduciario tra delegante e subdelegato.

Tali ragionamenti in realtà si giustificano nell'ipotesi in cui il delegante originario non sia a conoscenza dell'esistenza della delega di secondo grado, tuttavia, più che condurre alla negazione di validità della subdelega,

evidenziano la necessità che non sia solo conosciuta da parte del delegante originario, ma dallo espressamente autorizzata.

Non esistono dunque ragioni fondate per negare cittadinanza giuridica a tale istituto sotto il profilo teorico e sostanziale né ostacoli di tipo normativo al suo riconoscimento<sup>74</sup>.

La rivoluzione attuata dalla norma rende, perciò, concepibile parlare di subdelega, superando le precedenti opposizioni, nel rispetto della disciplina e delle condizioni di validità ed efficacia previste all'art. 16 c. 1 e c. 2 d.lgs. 81/2008.

La subdelega non è una delega di esecuzione con cui il delegato si limita a distribuire compiti specifici in relazione alla complessa organizzazione aziendale, senza incidere sulla ripartizione di doveri di prevenzione segnata dalla legge, ma delega di funzioni che consente all'obbligato (delegato) di creare *ex lege* una nuova posizione di garanzia sostitutiva e un ulteriore garante<sup>75</sup>.

Nell'ambito dei compiti di direzione e di organizzazione di attività complesse, il ricorrere ad attività di terzi, mediante un'adeguata distribuzione delle funzioni, non deve essere considerato solo consentito, ma addirittura doveroso per esigenze di divisione del lavoro. In assenza di divieti legislativi, non si può negare a priori la possibilità del delegato di delegare a sua volta parte delle mansioni ricevute in affidamento, se il delegante originario (datore di lavoro) abbia conferito espressa facoltà in tal senso.

74 Sul superamento del divieto di subdelega : Lageard G.e Gebbia M.(2009) Il divieto di subdelega sui doveri della sicurezza è solo un "mito" da sfatare in Il sole24 ore n.11/2009 in [www.ambientesicurezza.ilsole24ore.com](http://www.ambientesicurezza.ilsole24ore.com) e Ciccarelli E.(2010)in [www.dirittodeilavori-CSDDL.it](http://www.dirittodeilavori-CSDDL.it), anno IV , n.3,ottobre 2010

75 Sul tema Consoli I.(2011),Il datore di lavoro e l'obbligo di sicurezza: delegabilità delle funzioni dopo le modifiche normative del testo unico in ADL, vol.16,fasc.2/2011,p. 380

Il delegato di primo livello, nell'esercizio della potestà gestionale derivante dalla delega ricevuta, è autorizzato ad accrescere un sistema articolato, che prevede anche il conferimento di deleghe per particolari settori produttivi o aspetti della prevenzione o della tutela dell'ambiente.

Non si vuole affermare che la soluzione scelta dall'imprenditore sia più efficace di quella legale basata sulla diversificazione tra datore di lavoro, dirigenti e preposti, ma dimostrare come l'organizzazione aziendale sia espressione del diritto di iniziativa economica all'art.41 cost., che può rimanere compresso a fronte di esigenze di tutela della salute e finché sussistano.

La subdelega deve essere ritenuta produttiva degli stessi effetti che ha la delega originaria sia per quanto riguarda la normativa in tema di sicurezza e igiene sul lavoro, sia per la normativa ambientale e gli altri settori normativi speciali di interesse per la conduzione dell'attività produttiva.

Ai fini della sua validità, il delegante originario deve aver espressamente approvato la subdelega e, anche se non previsto, appare opportuno che il preventivo consenso risulti da atto scritto avente data certa, ai fini probatori.

Posto che il soggetto delegato può e non deve "a sua volta delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro", essa si configura quale facoltà condizionata e non quale dovere, da esercitare soltanto "previa intesa con il datore di lavoro".

Immediata conseguenza è che in assenza di un'antecedente attribuzione, il soggetto delegato non può provvedervi autonomamente e che la subdelega carente dell'autorizzazione è inefficace ed è improduttiva di ogni effetto traslativo di responsabilità.

L'oggetto della medesima è generico, non si preoccupa di indicare l'articolazione ed i destinatari ulteriori, perché altrimenti inciderebbe sulla potestà organizzativa del delegato principale e renderebbe inoperante l'autonomia decisionale del delegato in relazione alla gestione delle risorse

umane, l'assetto delle mansioni e delle responsabilità discendente dalla delega originaria e successiva, e deve corrispondere ad un'esigenza organizzativa reale, legata alla specificità dell'attività produttiva e degli adempimenti delegati.

Non può essere ammessa inoltre una subdelega di contenuto identico alla delega principale, dal momento che in tal caso non vi sarebbe motivo per un doppio passaggio e lo stesso risultato si raggiungerebbe mediante una sola delega, evitando passaggi intermedi.

Mentre la prima è "delega di attuazione", in quanto costituisce strumento con cui il delegato originario può meglio attuare i doveri oggetto di delega e può riguardare uno o più aspetti specifici del comparto produttivo, la seconda è "delega di posizione" perché è conferita dal datore di lavoro e lo sostituisce e può consistere nel trasferimento globale delle mansioni connesse alla qualifica datoriale (escluse quelle espressamente previste).

Come per la delega, le funzioni indelegabili sono quelle indicate nell'art.17 d.lgs.81/2008 e riguardano adempimenti così rilevanti e connessi alla posizione del datore di lavoro da divenire obblighi esclusivi e di impulso necessario ad attivare il complesso meccanismo di programmazione della sicurezza del vertice della piramide aziendale o dell'ente.

Il subdelegato deve essere dotato di competenze tecniche specificatamente attinenti ai compiti affidati ed avere la necessaria autonomia di natura economico - finanziaria per attuare le tutele antinfortunistiche, in virtù del principio di effettività che richiede un assetto formale coerente con le attribuzioni in concreto esercitate.

L'atto di subdelega deve essere inoltre provvisto di tutti i requisiti di forma e sostanza propri della delega primaria, ai sensi artt. 16 e 17 e della giurisprudenza.

Il meccanismo della subdelega opera una sola volta impedendo di scaricare le relative responsabilità prevenzionali sui livelli inferiori di organizzazione e sussiste il divieto per il subdelegato di delegare ancora le funzioni al medesimo delegate dal datore di lavoro, tanto per ragioni logico-sistematiche, che inibiscono la frammentazione di responsabilità, quanto per il fatto che l'eccezionale facoltà di delegare competenze spetta solo al datore di lavoro. Il c.3 *bis* art.16 prevede inoltre l'obbligo di vigilanza del delegante sul corretto svolgimento delle funzioni trasferite, senza riprendere tuttavia la clausola liberatoria art.16 c.3.

Il problema del controllo nei rapporti tra subdelegante e subdelegato è un tema molto complesso e si pone negli stessi termini in cui si manifesta tra delegante originario e suo avente causa, cosicché la sovrapposibilità di delega e subdelega conduce a soluzioni simili (monitoraggio, riunioni periodiche verifiche, consuntivo a campione).

Dal momento che la delega non esclude tale obbligo da parte del datore di lavoro verso il delegato, anche in caso di subdelega il datore - delegante vigila sul delegato, controllando che a sua volta vigili sul subdelegato, con problemi che riguardano la ripartizione di responsabilità in caso di inadempimento di quest'ultimo<sup>76</sup>.

Sulla base del dato testuale l'obbligo di vigilanza non si può adempiere con le modalità all'art.30 c.4 d.lgs.81, che appaiono rivolte solo al datore di lavoro e gli garantiscono una presunzione di adeguatezza del controllo.

Si esclude perciò la necessità di un accertamento puntuale delle attività del subdelegato, essendo bastevole la previsione di un apparato organizzativo per realizzare l'oggetto della delega.

Tuttavia la risposta negativa deve essere superata perché, data l'identità di

76 Con riguardo all'obbligo del delegato subdelegante di vigilanza sul subdelegato : Cass. pen.sez.IV, 11 giugno 2010 in Guariniello G.op. cit. , p.121 ss.

natura ed effetti tra le due e la necessaria dipendenza dei controlli, non c'è ragione per una vigilanza che si atteggi in maniera diversa nell'uno e nell'altro caso, perciò l'obbligo predetto si considererà assolto mediante l'adozione e l'attuazione del modello di verifica e controllo contemplato nella norma. Risulta inoltre impropria la subdelega conferita al preposto, non dal datore di lavoro, ma dal dirigente.

La motivazione di tale affermazione risiede nel fatto che mentre il dirigente delegato all'osservanza delle norme antinfortunistiche e alla sicurezza è titolare di poteri ampi di organizzazione e spesa utili all'attuazione di misure per fronteggiare eventuali infortuni, non altrettanto accade per il preposto al quale non è dato potere di spesa in seguito a tale subdelega <sup>77</sup>.

In ultima analisi mentre l'organigramma di sicurezza resta lo strumento primario di organizzazione del lavoro, flessibile, dinamico e aderente agli statuti mansionali dei soggetti i quali compongono l'organizzazione aziendale, la delega e la subdelega mantengono una posizione secondaria, eventuale e residuale al primo. Si tratta, tuttavia, per entrambi, di strumenti funzionalmente validi di gestione del lavoro sicuro in azienda che, se correttamente impiegati, incrementano la qualità della salute e della sicurezza dei lavoratori.

### **2.2.1 La delega delle funzioni nella normativa “cantieri” e nella pubblica amministrazione**

L'istituto della delega delle funzioni trova collocazione anche nella normativa relativa ai cantieri temporanei o mobili<sup>78</sup> definiti all'art.89 c.1 lett.a) come

<sup>77</sup> Cass. pen., sez IV, 29 dicembre 2008, n.48313 in <http://olympus.uniurb.it>

<sup>78</sup> Santoro Passarelli G. (2008), La delega di funzioni nella normativa cantieri in Santoro Passarelli G. (a cura di), Testo unico sicurezza del lavoro. La nuova sicurezza in azienda op. cit., 134 ss; Russo A. (2009), La delega di funzioni nei cantieri temporanei mobili in Tiraboschi M. op. cit., p.845 ss

“qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile, il cui elenco è riportato nell'allegato X” ed è oggetto di regolamentazione nel titolo IV del d.lgs.81/2008.

La norma definisce alla lettera b) e c) dello stesso comma rispettivamente il committente come il “soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione o nell'ambito di appalto di opera pubblica il soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dell'appalto, mentre il responsabile dei lavori come “il soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti attribuiti dal presente decreto”.

Tali soggetti sono presi in considerazione dall'art. 93 “responsabilità dei committenti e dei responsabili dei lavori”, che sostituisce l'art.6 del d.lgs. 494/1996 e cerca di risolvere la questione circa la portata esonerativa o meno a favore del committente degli obblighi assunti dal responsabile dei lavori, considerando a tale fine elemento decisivo proprio la delega di funzioni. La norma al c.1 dispone che “il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori ”.

Per la giurisprudenza della Cassazione<sup>79</sup> l'effetto liberatorio del committente presuppone ed opera nei limiti in cui abbia conferito l'incarico al responsabile con formale atto di delega.

Non si ritiene sufficiente la nomina del responsabile, occorre che dalla delega risulti l'attribuzione dell'incarico e dei poteri decisionali e di spesa relativi alla gestione dell'appalto nel cantiere.

Si ha una situazione in cui il soggetto delegante non è necessariamente datore di lavoro del delegato, potendo coincidere con un soggetto non imprenditoriale,

79 Cass.pen. sez..IV , 14 marzo 2008, n.23090 in CED ,2008 ; Cass. pen.,sez. III, 10 agosto 2006, n.29149, in ISL , 2007, n..4, p.189

privo di una qualsiasi organizzazione di mezzi.

Successivamente alle modifiche del d.lgs.106/2009, la delega, inizialmente requisito imprescindibile per consentire lo spoglio della posizione di garanzia, ha subito delle modifiche e la regola prevede il trasferimento al responsabile dei lavori di tutti i compiti del committente con la semplice nomina, malgrado la possibilità aperta di delega nel caso di svolgimento di compiti diretti del committente.

Per la riferibilità della delega al responsabile dei lavori all'istituto generale art.16 d.lgs.81/2008, in senso positivo, si stabilisce la necessità dell'incarico dato esplicitamente e con atto scritto recante data certa e la sottoscrizione da parte del responsabile dei lavori per l'accettazione, a garanzia della libera assunzione dell'incarico.

Profili di diversità sono sul piano dei contenuti, per il requisito di professionalità ed esperienza richiesti dalla natura specifica delle funzioni delegate: la soluzione ermeneutica identifica la professionalità richiesta con le competenze organizzative, ma tale conclusione non è adeguata alla specificità del caso. Tale interpretazione era l'unica possibile alla luce del d.lgs.81/2008, in cui la figura del responsabile dei lavori coincideva con il progettista per la fase di progettazione dell'opera e con il direttore dei lavori nella fase di esecuzione.

L'eliminazione dell'obbligo di verifica del committente sull'operato del responsabile dei lavori ha accentuato la necessità che questo abbia una competenza specifica tecnica giuridica. Sono previsti limiti all'operatività dell'obbligo di vigilanza del delegante ai sensi dell'art.16 c.3, nel caso di committente non imprenditore, essendo obbligo solo a carico del delegante datore di lavoro.

Tale soluzione è confermata da un regime di responsabilità esonerativo del committente in caso di valida nomina, basato sul principio di non condivisione

di responsabilità tra committente e responsabile dei lavori, ed alternativo con riferimento all'adempimento degli obblighi all'art. 93 c.2. Quest'ultimo dispone che “la designazione del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per l'esecuzione non esonera il committente o il responsabile dei lavori dalle responsabilità connesse alla verifica dell'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 91, comma 1, e 92, comma 1, lettere a), b), c) d) ed e)”.

Il d.lgs.81/2008, parlando di delega in materia di salute e sicurezza sul lavoro, non dice nulla sulla p.a. e non sembra applicabile ad enti pubblici soggetti a speciale procedura di individuazione del datore di lavoro. In questo caso, infatti, a causa della ripartizione delle competenze di uffici e servizi, la delega di funzioni del dirigente-datore di lavoro si sostanzierebbe piuttosto in un incarico dirigenziale attribuito con provvedimento dell'organo di vertice o del dirigente generale (art.19 d.lgs.2001/165).

Nelle strutture pubbliche l'esigenza della delega è superata dalla predeterminazione di servizi, compiti ed attribuzioni e dal concreto esercizio, secondo la disciplina dettata dalla normativa legislativa e regolamentare relativa alla distribuzione delle attività e degli obblighi dell'ente. Nella normativa prevenzionale (*lex specialis* di diritto comune, che tutela e soddisfa diritti assoluti) l'art. 2 c.1 lett.b) in base al quale “il datore pubblico è dotato di poteri di spesa e decisionali” è interpretato nel senso che tali poteri devono esercitarsi per delegare funzioni ad altri soggetti nell'amministrazione e lo stesso datore di lavoro assume, già con l'atto di individuazione, la totalità di poteri relativi alla sua figura nell'ordinamento di sicurezza sul lavoro e anche il potere di delega.

Non ha senso neppure fare riferimento all'art. 17 c.1**bis** d.lgs.165/2001, riguardante una delega limitata temporalmente e circoscritta al passaggio di compiti dai dirigenti ad altri funzionari pubblici, senza legami con la normativa

di prevenzione, né all'art.17bis in cui l'esercizio della stessa disciplinato dalla contrattazione collettiva. Il metodo di individuazione può rendere superflua la delega, ma esigenze particolari possono determinare ulteriori affidamenti delle funzioni, a causa della ricezione del principio di effettività.

In tali ipotesi per i requisiti della delega (autonomia finanziaria, capacità tecnica, accettazione espressa da parte del delegato) appare corretto far riferimento all'art.16 d.lgs.81/2008, a cui devono essere adeguate le regole ordinarie per l'organizzazione funzionale e di spesa dell'ente pubblico.

In relazione all'autonomia di spesa del delegato (art.16 c.1 lett.d) l'ordinamento contabile degli enti pubblici consente al dirigente di disporre di risorse per finanziare il delegato, mentre per l'accettazione espressa del delegato (art.16 c.1 lett.e) non esiste contrasto con le regole attuali del pubblico impiego in cui, in sede di privatizzazione, si è disposto che i rapporti individuali di lavoro siano regolati non attraverso provvedimenti autoritativi della p.a., ma contrattualmente.

Per alcuni <sup>80</sup>, se si ritiene ammessa nella pubblica amministrazione la delega, è da ritenersi tale anche la subdelega, non preclusa ma neanche esplicitamente prevista, perché limitata a specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza del lavoro e che, previa intesa con il datore di lavoro, non crea contrasto con le regole dell'organizzazione e del pubblico impiego.

Tuttavia, si può verificare se per la sua ammissibilità sia sufficiente la previa intesa del delegato con il datore delegante o sia necessario che la previa intesa tra dirigente-datore e funzionario- subdelegante si estenda al soggetto organo di vertice, da cui il datore di lavoro è individuato. Il coinvolgimento dell'organo di vertice non è prospettabile oltre i termini di un'opportuna informazione, infatti, imporre al delegato - subdelegante l'obbligo di acquisizione del consenso del

80 Pascucci P. (2009), La novità della subdelega in La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici in LPA , 3-4/2009 op.cit.,p.593ss

dirigente - datore e dell'organo di vertice legittima interferenze dell'organo nell'esercizio di poteri del dirigente - datore, incoerenti con il complessivo sistema.

L'ammissibilità di delega e subdelega si giustifica con la specialità della disciplina, tale da prevalere su previsioni settoriali e pur sempre di carattere generali, ma che non devono mai giustificare un abbassamento di tutela, divenendo escamotages per scaricare a cascata la responsabilità prevenzionale sui livelli inferiori di organizzazione.

Secondo altri<sup>81</sup> contro l'applicabilità depone proprio tale norma, difficilmente compatibile con la natura pubblica dell'organo datoriale e con il principio delegatus non potest delegari. Inoltre l'estensione di delega e subdelega contrasta con il principio di effettività di attribuzioni delle funzioni e delle responsabilità datoriali che l'art. 2 c.1 lett.b) vuole imporre anche alle p.a.

Ci si domanda infine se la delega dei compiti del datore di lavoro si debba estendere anche alle pubbliche amministrazioni rette dalla disciplina speciale (art.3 c.2) e per alcune amministrazioni (università, istituti di istruzione, archivi, biblioteche, musei) la cui specialità risiede in aspetti funzionali ed organizzativi, non incidenti sulle modalità di azione del datore di lavoro, la risposta è agevole.

Meno facile risulta per le forze armate e di polizia (polizia penitenziaria di stato, corpo forestale dello stato) per due motivi : il rapporto di lavoro di militari e di agenti di polizia è disciplinato dalle regole di diritto pubblico (art.3 c.1 d.lgs.165/2001), mentre nell'ordinamento militare e paramilitare delle altre forze di polizia vigono regole speciali in materia di obbedienza, rapporto gerarchico e attribuzione delle funzioni.

<sup>81</sup>Venturi D., op.cit., p. 269 ss.

La disciplina del d.lgs.81/2008 comprende regole sostanziali, di azione e prevenzione attinenti al contenuto e al merito della sicurezza, imposti a tutti datori di lavoro pubblici e privati al di là della loro organizzazione, e regole procedurali ed organizzative, tra cui l'istituto della delega conformato alla qualità delle regole proprie del contesto di applicazione.

Nel caso delle forze armate, i principi di organizzazione contenuti nella legislazione generale vigente non sono dotati di cedevolezza e dispongono secondo principi di obbedienza, subordinazione e dipendenza gerarchica.

In tale contesto è incompatibile l'istituto prevenzionistico della delega, che ha carattere contrattuale e presuppone una potestà discrezionale di decentramento delle competenze non rinvenibile nell'organizzazione militare dove vige il principio opposto.