

L'individuazione del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 81/2008

Dilemmi interpretativi e ultimi arresti giurisprudenziali

› Massimiliano Oggiano
Avvocato

Il contributo è finalizzato a tracciare un percorso che, in armonia con i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, conduca alla corretta individuazione del datore di lavoro anche nelle organizzazioni di particolare complessità.







La tutela della salute e della sicurezza in ambiente di lavoro è affidata dal legislatore ad una ristretta cerchia di soggetti, al cui apice si colloca il datore di lavoro, destinatario di una serie di obblighi specifici – taluni dei quali a suo esclusivo carico – chiaramente enumerati nel D.Lgs. 81/2008.

Il predetto garante – tenuto allo scrupoloso rispetto di tutte le cautele tassative, normativamente imposte, ed a quelle di carattere *fluid*o, legate ai doveri di *diligenza, prudenza e perizia*, tipiche della responsabilità colposa – è gravato di un ulteriore dovere: quello di *autonormazione cautelare specifica*, consistente nell'**obbligo di valutazione e di gestione di tutti i rischi** concernenti la salute e la sicurezza presenti nell'organizzazione in cui il lavoratore presta la propria attività.

Alla violazione delle predette cautele può conseguire la contestazione di distinte fattispecie di reato a carico del datore di lavoro; talvolta connesse alla mera inosservanza delle cautele specifiche normativamente imposte, talaltra derivanti dall'evento lesivo dell'incolumità o della salute del lavoratore eziologicamente connesso alle predette violazioni.

Sono queste le ragioni per cui l'individuazione del soggetto gravato della posizione di garanzia – che, nelle organizzazioni complesse, può risultare assai complicata ed estremamente insidiosa, se non correttamente operata – assume centrale importanza. È stato efficacemente sostenuto che *“tanto maggiore è la complessità dell'organizzazione, tanto più necessaria ed approfondita dev'essere l'indagine sul ruolo svolto da ciascun agente”*¹.

Il dettato normativo che definisce la figura del datore di lavoro, improntato ad un criterio estremamente elastico e onnicomprensivo, non aiuta l'interprete nella difficile individuazione del soggetto garante.

Le incertezze si infittiscono allorché l'individuazione debba avvenire all'interno di realtà aziendali (ovvero organizzative) complesse, caratterizzate da plurimi centri decisionali e dal decentramento delle attività lavorative.

Le riflessioni che si vogliono offrire con questo breve scritto sono finalizzate a tracciare un percorso che, in armonia con i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, conduca alla corretta individuazione del potenziale soggetto attivo del reato nei vari contesti lavorativi e consenta di prevedere e prevenire, con anticipo, i rischi correlati ad un'ingiusta (ma purtroppo non infrequente) attribuzione di responsabilità penale *“da posizione”*.

180 battute

Il dettato normativo

Circoscrivendo l'esame, per comprensibili ragioni di sintesi, alla sola figura del datore di lavoro nel **settore privato**, è doveroso il richiamo della definizione fornita dall'art. 2 let. b) del D.Lgs. 81/2008.

Il datore di lavoro è:

“il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”.

Titolarità del rapporto e responsabilità dell'organizzazione costituiscono, dunque, i due distinti canoni valutativi che possono condurre all'individuazione della figura di garante in esame. Ed invero, l'utilizzo, da parte del legislatore, dell'avverbio *“comunque”*, riferito all'avere *“la responsabilità dell'organizzazione o dell'unità produttiva”*, lascia chiaramente intendere che i due requisiti (titolarità formale e responsabilità sostanziale ricavabile dal tipo e dall'assetto dell'organizzazione) non sono oggetto di accertamento cumulativo.

Mentre il primo fa riferimento alla mera riconducibilità formale del rapporto negoziale tra garante e lavoratore, il secondo può anche prescindere dal ri-

¹R. Blaiotta, *Diritto Penale e Sicurezza del Lavoro*, Giappichelli, 2020, p. 25



scontro documentale dell'intestabilità del predetto rapporto e, viceversa, dipendere esclusivamente da una relazione tra garante e lavoratore generata dal tipo e dall'assetto dell'organizzazione all'interno della quale la stessa si incardina. In genere, questa seconda modalità di assunzione della posizione di garanzia si realizza nella fase genetica dell'organizzazione medesima e può facilmente desumersi dall'analisi del concreto assetto dato alla stessa.

Un ulteriore ed ultimo fenomeno può determinare l'insorgenza della posizione di garanzia in esame: si tratta dell'**esercizio di fatto dei poteri tipici del garante**, svincolato dalla titolarità del rapporto ovvero dall'assetto formalmente dato all'organizzazione e dunque scollegato anche dall'investitura già descritta.

Ed invero, ai sensi dell'art. 299 del D.Lgs 81/2008:

"le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) [che definisce il "datore di lavoro"], 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".

Si può dunque serenamente affermare che tre sono i **meccanismi di acquisizione della posizione di garanzia**:

1. l'assunzione della qualifica di datore di lavoro quale titolare del rapporto di lavoro;
2. l'assunzione della qualifica di datore di lavoro conseguente ad un'investitura, non necessariamente formale ma comunque desumibile dal ti-

po e dall'assetto che viene dato all'organizzazione medesima;

3. l'assunzione della qualifica di datore di lavoro per via indipendente dalla titolarità del rapporto ovvero dall'individuabilità correlata al tipo ed all'assetto dell'organizzazione (trattasi dell'esercizio di fatto di autonomi poteri di decisionali e di spesa tipici del datore di lavoro).

Quanto premesso conduce ad una prima incontrovertibile considerazione: la posizione datoriale in esame è acquisita sempre e comunque a titolo originario. In altri termini, essa non deriva da un trasferimento negoziale di funzioni da un soggetto ad un altro, ma da un'acquisizione delle predette funzioni direttamente in capo al garante.

Il che può avvenire:

1. in seguito alla conclusione di un contratto di lavoro;
2. in seguito all'elaborazione del sistema di gestione dell'organizzazione nella quale il lavoratore presta la propria attività (che può trovare riscontro e descrizione anche nel documento di valutazione dei rischi e nel modello organizzativo adottato ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. 81/08);
3. in conseguenza dell'esercizio di fatto di autonomi poteri di organizzazione e gestione.

Un'altra precisazione si rende opportuna in merito ai confini materiali della posizione di garanzia del datore di lavoro. Essa impone di spostare il *focus* dall'aspetto soggettivo della posizione a quello og-



P



gettivo e riguarda non più il soggetto titolare della posizione di garanzia ma l'ambito dell'organizzazione nel quale il lavoratore presta la sua attività. Tale ambito non necessariamente coincide con l'intera struttura aziendale. Le figure datoriali possono essere individuate, invero, anche come figure apicali di distinte articolazioni della medesima organizzazione, dotate di una propria sfera di autonomia e denominate **"unità produttive"**. Queste ultime sono definite dall'art. 2, lett. t) del D.Lgs. 81/2008 e si identificano con gli *"stabilimenti o strutture finalizzate alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotate di autonomia finanziaria e tecnico funzionale"*. Per potersi qualificare come *"unità produttive"*, dunque, le predette strutture, devono essere autonome sia nella fase decisionale che in quella gestoria. Non devono dipendere, né economicamente, né finanziariamente, da altri centri di imputazione della responsabilità penale.

Questo assetto, caratterizzato da una moltitudine di centri di organizzazione autonomi, costituisce il terreno fertile sul quale fiorisce il cosiddetto **modello organizzativo multidatoriale** che può annoverare, al suo interno, molteplici datori di lavoro, distinguibili, sul piano oggettivo, in ragione dell'unità produttiva che ciascuno di essi è chiamato a governare ed a gestire. Non sempre i predetti datori di lavoro sono anche i titolari formali del rapporto contrattuale con il lavoratore e non infrequentemente agli stessi si affiancano datori di lavoro che assumono la predetta posizione ai sensi dell'art. 299 D.Lgs. 81/08 già citato. Questo il quadro che si può delineare prendendo in considerazione i cosiddetti **garanti a titolo originario**.

Il quadro così delineato, caratterizzato da una puntiforme distribuzione dei centri di imputazione della responsabilità (con i limiti che si vedranno a seguire), si complica ulteriormente allorquando i titolari originari della posizione di garanzia, avvalendosi dello strumento giuridico della **delega di funzioni**, nei limiti e con le forme consentite, frazionano e distribuiscono il loro carico di doveri ed

obblighi tra i cosiddetti *delegati* che, a titolo derivato, divengono anch'essi garanti e si espongono alla potenziale responsabilità penale per infortunio o malattia professionale del lavoratore. Il fenomeno è frequentissimo nelle organizzazioni complesse.

Il criterio formale di attribuzione della posizione di garanzia

Dev'essere immediatamente chiarita la concreta portata del primo periodo della lettera b) dell'art. 2 del D.Lgs. 81/2008. La norma citata, nel definire il datore di lavoro, menziona la *"titolarità del rapporto"* come criterio di individuazione del soggetto.

Ebbene, tale parametro va impiegato con particolare attenzione.

Tutto il sistema della tutela della salute e sicurezza sul lavoro è improntato al **principio dell'effettività della posizione di garanzia** ed è dunque permeato, da un lato, da una presunzione di assunzione della predetta posizione in capo al titolare formale del rapporto di lavoro e, dall'altro, dalla sussistenza dei relativi poteri correlati alla posizione di garanzia, che fino a prova contraria, si presumono in capo al titolare for-

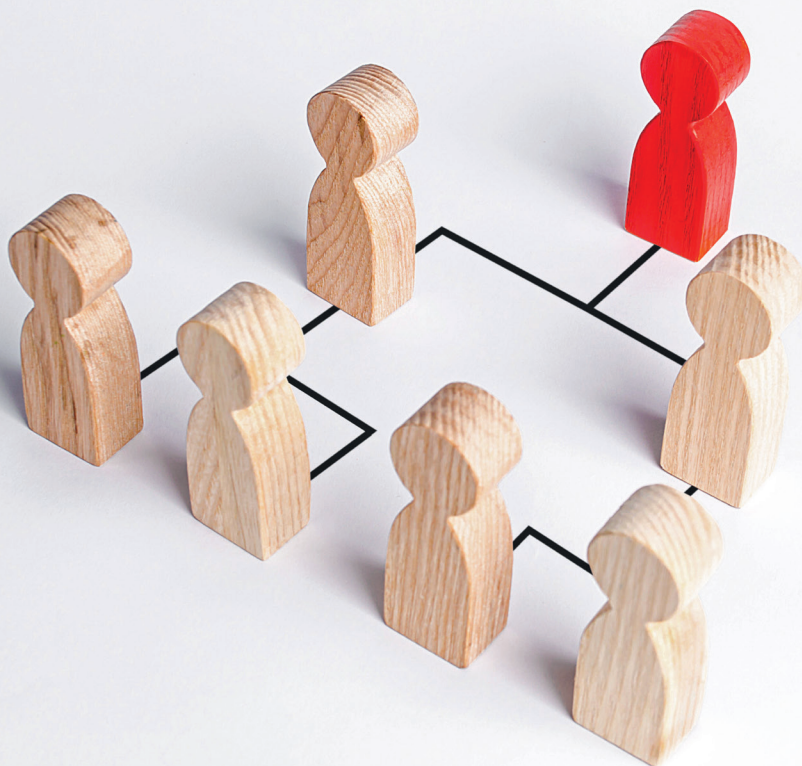
male del rapporto di lavoro.

È ben vero che il soggetto garante potrà essere chiamato a rispondere per un evento lesivo dell'incolumità del lavoratore in quanto titolare formale del rapporto di lavoro – e, dunque, fino a prova contraria, detentore di tutti i poteri di organizzazione e gestione dell'attività svolta dal lavoratore – e che *"il principio di effettività non può essere invocato da parte del soggetto che possiede la qualifica giuridica soggettiva di datore di lavoro per eccepire l'esonero della responsabilità che ex lege gli compete"* (Cass. Pen., Sez. III, 23.10.2018, n. 48268).

È altrettanto vero, però, che insieme a tale soggetto sarà chiamato a rispondere anche colui il quale risulta essere il titolare effettivo (in senso sostanziale) dei medesimi poteri.

In altri e più espliciti termini, il datore di lavoro sarà individuato innanzitutto mediante il dato formale, il quale, in assenza di altri elementi, sarà sufficiente a radicare la posizione di garanzia in capo al sog-

180 battute



getto. Alla verifica di tipo formale potrà accompagnarsi il riscontro di quella di natura sostanziale che, sulla base degli effettivi poteri di organizzazione e di gestione del titolare della posizione di garanzia, assicurerà correttezza all'individuazione. È pacifico che la seconda verifica, pur non sufficiente ad escludere, qualora di segno negativo, la posizione di garanzia del titolare del rapporto, ben potrebbe condurre all'individuazione di altri soggetti che, pur sprovvisti della titolarità formale della posizione di garanzia, dovranno rispondere in base al secondo dei criteri individuati dalla norma in esame (quello del concreto esercizio dei poteri gestori).

Il meccanismo di individuazione fondato sulla titolarità della posizione di garanzia ha spesso condotto alla dilatazione del novero dei datori di lavoro includendo, per esempio, nel suo ambito, tutti i consiglieri d'amministrazione delle grandi società. Non sono invero mancate pronunce della Suprema Corte che, sulla base del mero dato formale ed in assenza di elementi di segno contrario, hanno ritenuto penalmente responsabili di gravi infortuni, in-

distintamente, tutti i consiglieri di amministrazione delle società di capitali in quanto datori di lavoro del soggetto passivo del reato:

"nelle società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione, salvo il caso di delega, validamente conferita, della posizione di garanzia"

(Cass. Pen., Sez. IV, 1° giugno 2021, n. 21522).

Il medesimo criterio è stato, in passato, applicato anche nell'ambito delle società di persone. La Corte di Cassazione, invero, ha più volte ribadito che *"nelle società in nome collettivo la responsabilità aziendale, amministrativa, contabile e civile si radica indistintamente su tutti i soci, con la conseguenza che tutti, nella qualità di datori di lavoro, assumono il ruolo di garanti penalmente responsabili per la sicurezza sul lavoro"*

(Cass. Pen., Sez. IV, 18.09.2014, n. 36477).

Si può quindi serenamente concludere che il **criterio formale** può da solo fondare il giudizio di attri- ➡



L'individuazione del datore di lavoro

buzione della posizione di garanzia e che quello sostanziale può generare il duplice effetto:

- di confermare la posizione di garanzia così individuata ovvero
- di rivelare l'esistenza di altri e diversi centri di imputazione della responsabilità penale datoriale, siano essi conseguenti all'assetto ed al tipo di organizzazione ovvero derivanti dall'esercizio di fatto delle funzioni datoriali.

Nei medesimi termini si è invero orientata anche la giurisprudenza di legittimità più recente che ha ricordato come:

"in materia anti infortunistica, la previsione dell'art. 299 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, elevando a garante colui che di fatto assume ed esercita i poteri del datore di lavoro, amplia il novero dei soggetti investiti della posizione di garanzia, senza tuttavia escludere, in assenza di delega dei poteri relativi agli obblighi prevenzionistici in favore di un soggetto specifico, la responsabilità del datore di lavoro, che di tali poteri è investito ex lege e che, nelle società di capitali, si identifica nella totalità dei componenti del consiglio di amministrazione"

(Cass. Pen., Sez. IV., 18 maggio 2022, n. 21863).

Il criterio sostanziale di attribuzione della posizione di garanzia

Chiarita la portata della prima parte dell'art. 2, lett. b) del D.Lgs. 81/2008, che fa leva sul criterio formale per l'individuazione del datore di lavoro, è doveroso, a questo punto, soffermarsi sul secondo parametro e sulla *vis* espansiva che in esso si annida.

Il datore di lavoro, si è detto, è anche colui il quale, pur in assenza di titolarità formale, risulti responsabile dell'organizzazione presso la quale il lavoratore presta la propria opera in quanto eserciti i relativi poteri decisionali e di spesa.

La norma – che nella sua previgente formulazione (canonizzata nell'art. 2, comma 1, lett. b, del D.Lgs. 626/1994) indicava la

"responsabilità dell'impresa" e la "titolarità dei poteri decisionali e di

spesa" in luogo dell'attuale "responsabilità dell'organizzazione" e dell'"esercizio dei poteri decisionali e di spesa"

– palesa l'intento del legislatore di espandere quanto più possibile il novero dei soggetti garanti fino a ricomprendervi, per come si evidenzierà di qui a poco, anche coloro i quali si avvalgono a qualsivoglia titolo e finanche in modo occasionale, delle prestazioni lavorative altrui.

È in quest'ottica che si registra una fiorente giurisprudenza orientata ad includere una moltitudine variegata di soggetti nei confini descrittivi canonizzati nell'art. 2, lett. b) del D.Lgs. 81/2008.

Si è invero ribadito, recentemente, che la qualifica di datore di lavoro va riscontrata anche in presenza di un rapporto di impiego formalmente autonomo, ma di fatto subordinato alle direttive ed alle scelte del soggetto che, di volta in volta, commisiona il lavoro, fornisce gli strumenti di lavoro ed il mezzo di trasporto, nonché le istruzioni in relazione ad ogni evenienza, anche di carattere tecnico, che si presenti durante l'espletamento delle mansioni (Cass. Pen., Sez. IV, 16.07.2019, n. 30991).

Nella medesima direzione è orientata la giurisprudenza di legittimità che riscontra la posizione di garanzia tipica del datore di lavoro anche nelle situazioni caratterizzate da esecuzione di opere solo formalmente in regime di appalto ma, nel concreto, realizzate mediante somministrazione di manodopera gestita direttamente dal datore di lavoro della ditta appaltante. La regola di valutazione è chiaramente sancita da una recentissima pronuncia della IV Sezione della Corte di Cassazione (**Sent. n. 23137 del 31.05.2022**). Il caso concreto si caratterizzava per la compresenza, nel medesimo luogo di lavoro, di tre distinte società, la prima qualificabile come appaltante, la seconda come appaltatrice e subappaltante e la terza come subappaltatrice. Dell'infortunio, occorso ad un dipendente formalmente assunto dalla subappaltatrice, veniva chiamato a rispondere il legale rappresentante della ditta appaltante che, di fatto, mediante il ricorso formale al contratto di appalto, si era sostanzialmente

180 battute



giovato di una vera e propria somministrazione di lavoro dei dipendenti della ditta subappaltatrice, posti alle sue dirette dipendenze.

Ad esaltare ulteriormente la tendenza espansiva della norma in esame che mira ad includere quanti più soggetti possibile nel novero dei datori di lavoro, si pone altresì la correlativa definizione del soggetto garantito, il lavoratore che, ai sensi dell'art. 2 lett. a), si identifica con

“la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari”.

È inevitabile, dunque, che nella concretezza del singolo caso specifico, non di rado, l'attività di individuazione del titolare della posizione di garanzia sia operata in base ad una puntuale disamina del combinato disposto di cui alle lettere a) e b) dell'art. 2 del D.Lgs. 81/2008.

Nell'accertamento inerente alla posizione di garanzia eventualmente ricoperta dal garante, invero, si

fa spesso ricorso alla definizione di “lavoratore” che, se letta in modo speculare rispetto a quella di “datore di lavoro”, può facilitare l'opera dell'interprete. È una recentissima pronuncia della suprema Corte che aiuta a comprendere il metodo interpretativo al quale si è testé fatto cenno. Chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato da un imputato condannato per lesioni personali aggravate subite da un lavoratore impegnato ad eseguire lavori in quota, la Corte ha precisato che è da ritenersi corretto il metodo di individuazione del garante che si affida alla definizione di

“lavoratore, offerta dall'art. 2 D.Lgs. 81/2008, che definisce tale la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato con o senza retribuzione”. In termini più specifici, la Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso presentato dall'imputato, ha ribadito che *“la Corte di appello ha chiaramente inquadrato la fonte degli obblighi violati dal ricorrente nella figura del datore di lavoro, muovendo dalla definizione contenuta nell'art. 2, D.* ➡

P



L'individuazione del datore di lavoro

Lgs. 81/2008, riferita al «lavoratore». Trattasi di premessa corretta, atteso che la definizione di cui alla lett. b) della stessa norma (quella cioè di datore di lavoro) deriva dalla prima. Sul punto, pare sufficiente un richiamo al consolidato orientamento dei giudici di legittimità e di questa stessa sezione, per ricordare che, in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, le norme di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, che presuppongono necessariamente l'esistenza di un rapporto di lavoro, come quelle concernenti l'informazione e la formazione dei lavoratori, si applicano anche in caso di insussistenza di un formale contratto di assunzione".

(Cass. Pen., Sez. IV, 11.05.2022, n. 23809).

È dunque assai frequente che nelle realtà aziendali più complesse accanto al datore di lavoro inteso in termini civilistici (come titolare formale del rapporto di lavoro) si riscontri la presenza di altri centri di imputazione di responsabilità derivanti dalla medesima condizione di garante, non in ragione dello status del soggetto, quanto piuttosto della **posizione gestoria di fatto assunta** nell'organizzazione ovvero della sua "unità produttiva". È proprio quest'ultima situazione che genera i maggiori problemi interpretativi, in parte legati anche alla coesistenza di figure garanti a diversi livelli dell'organizzazione aziendale.

L'equiparazione sancita dall'art. 299 D.lgs. 81/08

Ad un secondo e distinto livello, rispetto ai due canoni valutativi appena esaminati, si colloca la previsione normativa che impone l'equiparazione del garante individuato secondo i criteri delineati dall'art. 2, lett. b) del D.lgs. 81/08 a quello che risulta tale in base all'esercizio di fatto dei poteri giuridici riferiti al datore di lavoro.

Si fa, ovviamente, riferimento al dettato dell'art. 299 del D.lgs. 81/08, il quale, per vero, non introduce un nuovo criterio di individuazione del datore di lavoro ma, per utilizzare i termini della giurisprudenza di legittimità, detta una regola che *ha natura meramente ricognitiva del principio di diritto per il quale l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalla norma sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita [sebbene per come si dirà di qui a*

poco la stessa potrebbe esser ritenuta sufficiente], bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale".

(Cass. Pen., Sez. IV, 7.07.2021, n. 25764).

Dev'essere immediatamente ribadito (anche alla luce della richiamata massima giurisprudenziale) che il precetto della norma in esame non determina una sostituzione del garante formale con quello individuato sulla base dell'esercizio di fatto delle relative funzioni. Come si è già avuto modo di precisare, **la ratio che permea l'intero sistema prevenzionistico è quella di espandere al massimo il novero dei garanti** e non quella di circoscriverne l'individuazione solo a coloro i quali rivestano effettivamente la posizione di garanzia, con esclusione degli altri. In altri termini, il principio di base impone che, nella fase di identificazione del datore di lavoro, sia considerata sia la posizione formale (basata sulla titolarità ovvero sull'assetto e sul tipo di organizzazione) che quella di fatto (imperniata sulla concreta situazione in esame) e che una volta individuato il soggetto attivo del reato nel rispetto dei suindicati criteri, rimanga spazio solo per le valutazioni concernenti la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi (condotta, nesso causale ed evento) e soggettivi (dolo e colpa) del reato eventualmente contestato. Ed invero,

"In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, la previsione dell'art. 299 D.lgs. 81/08, elevando a garante colui che di fatto assume ed esercita i poteri del datore di lavoro, amplia il novero dei soggetti investiti della posizione di garanzia, senza tuttavia escludere, in assenza di delega dei poteri relativi agli obblighi prevenzionistici in favore di un soggetto specifico, la responsabilità del datore di lavoro, che di tali poteri è investito ex lege e che, nelle società di capitali, si identifica nella totalità dei componenti del consiglio di amministrazione. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la decisione che, in assenza di delega di poteri, aveva riconosciuto la qualifica di datore di lavoro al presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali, nonostante si occupasse della prevenzione un altro componente del consiglio di amministrazione)".

(Cass. Pen., Sez. IV, 23.11.2021, n. 2157).



La medesima regola trova applicazione non solo in relazione alle organizzazioni complesse al cui vertice possono essere individuati più soggetti (l'intero consiglio di amministrazione come nel caso appena citato) ma anche nelle situazioni in conseguenza delle quali le figure datoriali si sdoppiano in una duplice dimensione formale e sostanziale.

*"In tema di infortuni sul lavoro, in caso di **distacco fittizio** di lavoratori – in quanto avvenuto al di fuori dei casi previsti dall'art. 30, comma 1, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 – gli obblighi di prevenzione e protezione, di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, gravano, ai sensi dell'art. 299 dello stesso decreto, sia sul distaccante fittizio, il quale mantiene la qualifica di datore di lavoro in senso formale a norma dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2008, sia su colui presso il quale i lavoratori sono distaccati, il quale assume la qualifica di datore di lavoro di fatto, dal momento che si serve concretamente degli stessi".*

(Cass. Pen., Sez. IV, 14.06.2018, n. 49593).

Le regole di individuazione del datore di lavoro nel modello organizzativo multidatoriale

Un ultimo dilemma va necessariamente sciolto: quale soluzione si deve adottare nel caso in cui l'or-

ganizzazione complessa, di cui si è ampiamente parlato nei precedenti paragrafi, sia caratterizzata dalla **compresenza di più datori di lavoro** titolari di autonomi poteri di gestione e di spesa in relazione alle singole unità produttive? I medesimi soggetti sono da considerarsi esclusivi destinatari delle norme dettate dal D.Lgs. 81/08, ovvero è possibile individuare, ad un livello più alto, diversa e più alta posizione di garanzia?

Un recentissimo caso esaminato dalla terza sezione penale della Corte di Cassazione (sezione non abitualmente dedita alla decisione su ricorsi in tema di colpa penale e di posizione di garanzia) ha dato spunto ad un'interpretazione che alimenta l'impressione che la tendenza del legislatore e della giurisprudenza sia quella di estendere quanto più possibile la portata delle norme prevenzionistiche.

La soluzione che la Suprema Corte offre è quella di non escludere a priori che nelle organizzazioni complesse caratterizzate dal *decentramento* della funzione datoriale possano coesistere, con i doveri tipici dei singoli *datori di lavoro* assegnati alle diverse *unità produttive*, i doveri che pur sempre permangono in capo al soggetto che ha il potere di gestione dell'intera organizzazione complessa. ➡





L'individuazione del datore di lavoro

Al riguardo, la corte, con la sentenza 15 febbraio 2022, n. 9028, richiamando precedenti pronunce della IV sezione, ha avuto modo di precisare che nelle organizzazioni complesse, più volte evocate, possono coesistere due figure di datore di lavoro: il **“datore di lavoro apicale”** – al vertice dell'intera organizzazione complessa – ed i **“datori di lavoro sottordinati”** – i quali governano, con pienezza di poteri ed autonomia di spesa, le sole unità produttive a capo delle quali sono posti. In un tal assetto organizzativo è possibile dunque suddividere obblighi e doveri del datore di lavoro apicale (tra i quali va certamente ricompreso, per esempio, quello della valutazione dei rischi inerenti indistintamente tutta l'organizzazione complessa aziendale) e obblighi e doveri tipici del datore di lavoro sottordinato (che, per rimanere sul precedente esempio, vanno circoscritti ai soli rischi specifici attinenti alle singole attività svolte nell'unità produttiva).

Così, per essere più specifici,

Il datore di lavoro sottordinato [sarà] destinatario di tutte le prescrizioni che si indirizzano alla figura datoriale; ma entro la ed in funzione della gestione della sicurezza nell'ambito dell'unità organizzativa affidatagli. Esemplificando, egli sarà tenuto ad eseguire la valutazione di tutti i rischi connessi alle attività lavorative svolte nell'unità; a redigere il documento di valutazione dei rischi; a nominare il medico competente ed il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione. Quella stretta connessione che lo stesso disposto normativo pone fa sì che la valutazione dei rischi non possa attenersi a rischi che risultano affidati a diversi datori di lavoro (per esempio quelli ai quali è stata affidata altra unità produttiva fornita di analoga autonomia; ma anche quello che resta al vertice dell'organizzazione entro la quale sono individuate le diverse unità produttive autonome).”

Ed allora, in questi casi, l'individuazione del datore di lavoro potrà dipendere dall'esito dell'analisi relativa al tipo di rischio ed al tipo di obbligo che si vuole considerare:

“una volta considerato il rischio come non specifico delle attività svolte nelle singole unità, tanto che la sua gestione presuppone poteri non disponibili a quei datori di lavoro, è del tutto conseguente che la valutazione di tale rischio è oggetto di un obbligo che fa capo al datore di lavoro «apicale»”.

(Cass. Pen. Sez. III, 15.02.2022, n. 328).

Conclusioni

Il complesso percorso ermeneutico – che si è tentato di tracciare nell'auspicio di fornire, agli operatori del diritto e, soprattutto, ai diretti destinatari delle norme prevenzionistiche, dei punti fermi e rassicuranti nell'individuazione della figura del datore di lavoro – impone, a questo punto, una sintesi finale.

Il datore di lavoro è colui il quale:

1. risulti formalmente titolare della posizione di garanzia;
2. risulti investito di tale posizione di garanzia in ragione del tipo e dell'assetto dell'organizzazione che governa;
3. risulti investito di tale posizione di garanzia, con i criteri di cui ai punti 1 e 2, in relazione ad una singola porzione autonoma dell'organizzazione complessa (c.d. unità produttiva)
4. eserciti di fatto le prerogative tipiche dei soggetti individuati ai punti precedenti.

Tra i metodi per individuare il soggetto titolare della posizione di garanzia così circoscritta si può annoverare il ricorso non solo all'esame delle caratteristiche del soggetto apicale in esame (ben descritte dall'art. 2 lett. b) del D.Lgs. 81/08), ma anche alla

figura del destinatario delle cautele, il lavoratore, (delineata dall'art. 2, lett. a) del D.Lgs. 81/08), al tipo di obbligo che si intende attribuire al soggetto (ad esempio, la valutazione dei rischi tipici dell'unità produttiva ovvero dell'intera organizzazione) ed alle caratteristiche dell'organizzazione (ovvero di una sua autonoma porzione) al cui vertice il soggetto è collocato. ■

180 battute

P