

L'INDIVIDUAZIONE DEL DATORE DI LAVORO PUBBLICO

*Ancora incertezze nella giurisprudenza di legittimità
sull'investitura del dirigente responsabile della gestione del sistema della sicurezza
nei luoghi di lavoro della Pubblica Amministrazione.*

di Irene Scordamaglia

Abstract. La giurisprudenza di legittimità è divisa in ordine alla latitudine applicativa dell'atto di individuazione del datore di lavoro pubblico da parte dell'organo di vertice dell'ente: se, cioè, tale atto sia indispensabile per conferire la qualità di datore di lavoro per la sicurezza al dirigente o al funzionario dotati di poteri di gestione o di spesa, ovvero se tali figure siano investite 'ex lege' di tale qualifica e delle conseguenti responsabilità.

SOMMARIO: 1. Il sistema della sicurezza nei luoghi di lavoro della Pubblica Amministrazione. - 2. Funzione politica e funzione burocratica nella Pubblica Amministrazione. - 3. Il datore di lavoro pubblico: significato e funzione dell'atto di individuazione. - 4. La delega di funzioni.

1. Il sistema della sicurezza nei luoghi di lavoro della Pubblica Amministrazione

La ricostruzione del sistema di regolamentazione della sicurezza nei luoghi di lavoro della Pubblica Amministrazione non può esimere l'interprete dallo sforzo di coordinare le norme poste dal Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, adottato con il d.lgs. n. 81/2008 – ed integrato dal c.d. decreto correttivo n. 106/2009 –, con le disposizioni contenute nel Testo unico sul pubblico impiego di cui al d.lgs. n. 165/2001.

Operazione ermeneutica, questa, che deve snodarsi a partire dall'idea fondamentale – di derivazione comunitaria¹ –, che ha ispirato il legislatore delegato del T.U. n. 81/2008, secondo la quale la salute dei lavoratori – intesa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 lett. o) e 28 comma 1° dello stesso Testo unico, non solo come assenza di malattia o d'infermità, ma come stato di completo benessere psicofisico del lavoratore² – può essere assicurata solo attraverso la predisposizione da parte del

¹ Direttiva del Consiglio d'Europa concernente l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro 89/391/Cee del 12/6/1989.

² Sul punto MONEA, *Salute: benessere a tre dimensioni*, in *Il Sole 24 ore*, 2008, 4, che, infatti, si riferisce alla necessità di tenere in considerazione, nella valutazione dei rischi per la sicurezza e salute dei lavoratori,

datore di lavoro – e di quanti con lui collaborino – di una razionale ed efficiente, oltre che affidabile, organizzazione del lavoro³; la quale, a ben vedere, s’identifica pure con il modello delineato dal T.U. n. 165/2001 per il perseguimento del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa.

Ne consegue che, almeno in linea di principio, attraverso una razionale ed efficiente organizzazione del lavoro pubblico è possibile realizzare, al contempo, gli scopi tipici della Pubblica Amministrazione e quelli di tutela della salute e della sicurezza di quanti prestano la propria opera a favore della stessa.

Ma vi è di più. In effetti il d.lgs. n. 81/2008 ha inteso operare un’assimilazione, sul piano della prevenzione antinfortunistica, tra il lavoro privato ed il lavoro pubblico, salva la necessità di specifici adeguamenti, da adottare attraverso disposizioni normative regolamentari, in relazione alle peculiarità di determinate attività della Pubblica Amministrazione⁴. Tale tendenziale assimilazione si coglie, infatti, nell’applicazione della disciplina del T.U. in materia di salute e sicurezza “a tutti i settori di attività, privati e pubblici” (art. 3 comma 1); nella definizione di “lavoratore” (art. 2 lett. a)) quale “persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro

anche quelli collegati allo ‘stress lavoro-correlato’ e quelli connessi a situazioni di potenziale discriminazione.

³ PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., che, infatti, afferma che: “Poiché i lavoratori sono inseriti nell’organizzazione del datore, sarà in e tramite quell’organizzazione che quest’ultimo dovrà tutelarli, esercitando appunto i poteri connessi a tale organizzazione.”. Nello stesso senso MONEA, *PA, la sicurezza sul lavoro riparte dall’organizzazione. Il modello gestionale deve recepire le indicazioni della norma*, in *Il Sole 24 Ore*, 2008, 7/8.

⁴ Ai sensi dell’art. 3 comma 2 d.lgs. n. 81/2008, infatti: “Nei riguardi delle Forze armate e di Polizia, del Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, dei servizi di protezione civile, nonché nell’ambito delle strutture giudiziarie, penitenziarie, di quelle destinate per finalità istituzionali alle attività degli organi con compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica, delle università, degli istituti di istruzione universitaria, delle istituzioni dell’alta formazione artistica e coreutica, degli istituti di istruzione ed educazione di ogni ordine e grado, degli uffici all’estero di cui all’art. 30 d.p.r. n. 18/1967, e dei mezzi di trasporto aerei e marittimi, le disposizioni del presente decreto legislativo sono applicate tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative ivi comprese quelle per la tutela della salute e sicurezza del personale nel corso di operazioni ed attività condotte dalla Forze armate, compresa l’Arma dei Carabinieri, nonché dalle altre Forze di polizia e dal Corpo dei vigili del fuoco, nonché dal Dipartimento della protezione civile fuori dal territorio nazionale, individuate entro e non oltre ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo con decreti emanati [...] dai Ministri competenti di concerto con i Ministri del lavoro e della previdenza sociale, della salute e per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione [...]; analogamente si provvede per quanto riguarda gli archivi, le biblioteche e i musei solo nel caso siano sottoposti a particolari vincoli di tutela dei beni artistici storici e culturali. Con decreti [...] si provvede a dettare le disposizioni necessarie a consentire il coordinamento con la disciplina recata dal presente decreto della normativa relativa alle attività lavorative a bordo delle navi, di cui al d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271, in ambito portuale, di cui al d.lgs. n. 272/1999, e per il settore delle navi da pesca, di cui al d.lgs. n. 298/1999, e l’armonizzazione delle disposizioni tecniche di cui ai titoli dal II al XII del medesimo decreto con la disciplina in tema di trasporto ferroviario contenuta nella l. n. 191/1974, e relativi decreti di attuazione.”

pubblico o privato.”; nella nozione di “datore di lavoro”, quale “soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore” o, comunque, quale “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” e che, nelle pubbliche amministrazioni, s'identifica con il dirigente o il funzionario dotato di poteri di gestione, decisori e di spesa, individuato dall'organo di vertice; nella definizione di “azienda”, qualificata come “il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato”; nella previsione per cui nelle strutture di ricovero e cura pubbliche con oltre 50 lavoratori l'istituzione del servizio di prevenzione e protezione all'interno dell'azienda è obbligatorio (art. 31 comma 6 lett. g)); nella disposizione che stabilisce che può svolgere la funzione di medico competente delle Forze Armate, della Polizia di Stato e della Guardia di Finanza soltanto il sanitario che abbia svolto per almeno quattro anni l'attività di medico del lavoro (art. 38 1° comma lett. d bis)).

Equiparazione, quella descritta, già chiaramente affermata, del resto, dall'art. 5 comma 2 d.lgs. n. 165/2001⁵ nella parte in cui prevede che nelle pubbliche amministrazioni: “le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro [e tali sono, senza alcun dubbio, anche quelle relative alla protezione della salute del lavoratore, n.d.r.] sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro [...]. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici”⁶.

Dunque, il Testo Unico sul pubblico impiego ed il Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro convergono nell'assegnare agli organi dell'Amministrazione Pubblica preposti alla funzione di gestione i poteri (propri del datore di lavoro privato) e le responsabilità inerenti l'adozione di un sistema globale di misure dirette ad assicurare la tutela della salute del lavoratore, che, a prescindere dalla tipologia contrattuale, presta la propria attività nell'organizzazione degli enti pubblici. Funzione gestoria che, tuttavia, deve necessariamente raccordare le proprie competenze ed attribuzioni alla funzione di direzione politica degli enti pubblici, dalla

⁵ In questo senso SCIORTINO, *Sicurezza sul lavoro e delega di funzioni prevenzionistiche alla luce del d.lgs. n. 626/94*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 3, 359 ss.

⁶ In questo senso D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. nelle p.a.*, 2012, 1, 1 ss., il quale ha, tuttavia, osservato criticamente come la dimensione programmatica di questa norma sia stata, di fatto, ridimensionata dalla revisione del quadro delle regole sul lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni realizzata con la legge delega n. 15/2009 e con il decreto legislativo n. 150/2009 (c.d. 'riforma Brunetta'), che, nell'intento di ridisegnare i confini fra l'ambito regolativo riservato alle fonti pubblicistiche e quello demandato alla contrattazione collettiva, con un consistente restringimento dell'ambito di intervento della fonte negoziale, hanno accentuato le divergenze fra settore pubblico e settore privato nella disciplina del lavoro, “dando in tal modo luogo a quella che appare una palese contraddizione rispetto alla finalità di realizzare la convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, che campeggia come primo obiettivo nella legge n. 15/2009 (art. 1, comma 1, lettera a))”.

quale trae indirizzi programmatici ed obiettivi, cui dà attuazione in vista del sinergico perseguimento degli scopi della Pubblica Amministrazione.

2. Funzione politica e funzione burocratica nella Pubblica Amministrazione

La Consulta, nelle Sentenze n. 103 e n. 104 del 2007 – nell'esaminare la questione della legittimità costituzionale del c.d. *spoils system*, vale a dire della cessazione automatica degli incarichi dirigenziali prevista da disposizioni statali e regionali – ha affrontato il tema dei rapporti tra politica ed amministrazione⁷, collocandolo organicamente nella dimensione costituzionale dell'attività della Pubblica Amministrazione.

Ha così chiarito che il criterio dell'efficienza, che deve conformare l'attività amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost., si esplica nella razionale organizzazione degli uffici e nella garanzia della regolarità e continuità dell'attività medesima anche al mutare degli assetti politici ed esige la necessaria sottoposizione dei dirigenti a periodiche verifiche circa il rispetto dei principi di imparzialità, funzionalità, flessibilità, trasparenza, nonché la valutazione delle loro prestazioni in relazione ai risultati raggiunti rispetto agli obiettivi prefissati dagli organi di direzione politica.

Il Giudice delle Leggi, nell'occasione, ha, quindi, precisato che la contrattualizzazione del pubblico impiego⁸, ed anche della dirigenza cui spettano le funzioni gestorie, non implica che la Pubblica Amministrazione abbia la possibilità di recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro, perché, se così fosse, si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra gli organi di governo e gli uffici burocratici, che non consentirebbe ai dirigenti di espletare la propria attività in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa come sancito dall'art. 97 Cost. Ha conseguentemente affermato che il rapporto d'ufficio, anche se temporaneo, dev'essere assistito da speciali garanzie, che assicurino una netta distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione in vista della tendenziale continuità dell'azione amministrativa.

⁷ In *Giur. cost.*, 2007, 2, 1015 ss, con nota di SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo 'spoils system'*.

⁸ Il d.lgs. n. 29/1993 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) ha provveduto alla cosiddetta 'privatizzazione' del pubblico impiego, superando, ad eccezione di taluni settori, il tradizionale regime pubblicistico e stabilendo l'applicazione della disciplina di diritto privato (art. 2, comma 2), «ritenuta – dalla Corte Costituzionale, Sent. 25/7/1996 n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 36 ss., con nota di GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto* – più idonea alla realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale sottese alla riforma». I successivi d.lgs. n.80/1998 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11 comma 4 l. 15 marzo 1997, n. 59) e n. 387/1998 (Ulteriori disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), hanno esteso il regime della contrattualizzazione ai dirigenti generali.

Imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sono, dunque, evocati dalla Corte Costituzionale come i valori fondanti della distinzione funzionale dei compiti tra organi politici ed organi burocratici, e cioè tra azione di governo – normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – ed azione dell'amministrazione, la quale, pur nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata ad agire al «servizio esclusivo della Nazione» in vista del perseguimento delle finalità pubbliche, come stabilito dall'art. 98 Cost.

Il principio di distinzione delle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo, affidate agli organi elettivi, dalle funzioni di gestione amministrativa, affidate alla dirigenza, sancito, per la prima volta a chiare lettere, dall'art. 51 l. n. 142/1990, e successivamente confermato, con riguardo all'ordinamento degli Enti locali, dall'art. 107 comma 1 d.lgs. n. 267/2000, è stato esteso alla generalità delle Amministrazioni Pubbliche a vertice politico dal d.lgs. n. 29/1993 e dal successivo d.lgs. n. 165/2001.

L'art. 4 d.lgs. 165/2001 (Testo Unico sul pubblico impiego) ha, così, sancito, in guisa di principio generale, che gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti⁹, mentre i dirigenti adottano gli atti ed i provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, e sono investiti della gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo, essendo, tra l'altro, responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.

E, in applicazione dello stesso canone, è stato, ancora, stabilito dal Testo Unico che anche le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica – come, ad esempio, le ASL – siano tenute ad adeguare i propri ordinamenti al criterio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro¹⁰.

⁹ Agli organi di governo spettano, in particolare: a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni; f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato; g) gli altri atti indicati dal presente decreto.

¹⁰ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 1, 13 ss.

3. Il datore di lavoro pubblico: significato e funzione dell'atto di individuazione

In questo contesto ideologico e sistematico si colloca la norma di cui all'art. 2 lett. b) secondo e terzo periodo d.lgs. n. 81/2008 che dispone che: "Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 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."

Valorizzando la richiamata ripartizione tra potere di indirizzo politico degli enti pubblici e gestione amministrativa degli stessi e traducendo in termini normativi le indicazioni desunte da alcune pronunce di legittimità¹¹ in ordine all'individuazione del centro d'imputazione della responsabilità penale per le violazioni in materia antinfortunistica riscontrate nei luoghi di lavoro della pubblica amministrazione, risalenti alla vigenza del combinato disposto dell'art. 2 comma 1, lettera b), d.lgs. n. 626/1994 e dell'art. 30 d.lgs. n. 242/1996, il legislatore delegato del 2008 ha stabilito che nelle amministrazioni pubbliche gli organi di vertice debbano procedere all'individuazione dei soggetti cui attribuire la qualità di "datore di lavoro per la sicurezza", i quali s'identificano nei dirigenti ai quali spettano poteri di gestione, ovvero nei funzionari preposti ad uffici aventi autonomia gestionale, che siano dotati di autonomi poteri decisionali e di spesa, designati tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività. La mancata individuazione, ovvero l'individuazione non conforme ai criteri indicati, ha come conseguenza il permanere in capo al soggetto titolare del potere di indirizzo e controllo politico-amministrativo della qualità di datore di lavoro anche ai fini della responsabilità per la violazione della normativa antinfortunistica.

¹¹ Così Cass. pen., Sez. III, n. 35137 del 13/6/2007, Rv. 237379, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, 442 ss., che aveva stabilito che, all'interno di un'amministrazione comunale, era necessario che il Sindaco procedesse all'individuazione dei soggetti cui attribuire la qualifica di datore di lavoro, conseguendone in difetto il permanere in capo all'organo di direzione politica della qualifica datoriale con attribuzione della relativa responsabilità in materia antinfortunistica. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, n. 38840 del 22/6/2005, Rv. 232418, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 974 ss., con nota di FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, a mente della quale, nelle amministrazioni pubbliche, gli organi di direzione politica avrebbero dovuto, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 242/1996, procedere (entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore di detto decreto) all'individuazione dei soggetti cui attribuire la qualità di "datore di lavoro" ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2, comma 1, lettera b), d.lgs. 626/1994 (nelle persone del dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero del funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei solo casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale). La mancata indicazione avrebbe determinato il permanere della qualità di datore di lavoro in capo all'organo di direzione politica anche ai fini dell'eventuale responsabilità per la violazione della normativa antinfortunistica.

L'attuale definizione del datore di lavoro pubblico ai fini della sicurezza segna, a ben vedere, il definitivo passaggio da una concezione formalistica della qualifica di datore di lavoro, incentrata sul profilo, di stampo civilistico, della titolarità del rapporto di lavoro, ad una sostanziale, fondata sull'effettività dei poteri decisionali e di spesa attribuiti al soggetto investito della responsabilità della gestione dell'ente o di una sua autonoma unità funzionale. Da ciò si è dedotta la possibilità della coesistenza, all'interno di uno stesso ente pubblico, di un datore di lavoro inteso in senso civilistico – identificabile anche con l'organo di vertice – e di un datore di lavoro per la sicurezza, individuato dall'organo di direzione politica nel dirigente o nel funzionario preposto ad un ufficio, investito della gestione dell'organizzazione funzionale dell'ente e dei rapporti di lavoro e perciò dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa¹².

La dottrina non ha mancato di chiarire che l'atto di individuazione del datore di lavoro per la sicurezza rientra tra gli atti di *alta amministrazione* adottabili dagli organi di vertice in relazione agli interventi strutturali sull'ente¹³ (art. 2 comma 1 d.lgs. n. 165/2001)¹⁴ e che lo stesso non è assimilabile alla delega di funzioni *ex art.* 16 d.lgs. n. 81/2008, perché, a differenza di questa, istituisce il datore di lavoro per la sicurezza garante a titolo originario¹⁵ dei beni fondamentali della salute e della sicurezza dei lavoratori e gli trasferisce tutti i poteri ad esso attribuiti, anche quelli non delegabili¹⁶.

Sicché la mancata o scorretta individuazione del datore di lavoro per la sicurezza – per essere il dirigente designato privo di quegli autonomi poteri decisionali e di spesa che gli consentano di gestire concretamente ed efficacemente il sistema di prevenzione antinfortunistica dell'ente¹⁷ – sarebbe tale da integrare il mancato

¹² In tal senso POLIMENI, *La nozione di datore di lavoro nella pubblica amministrazione ai fini della sicurezza e della prevenzione degli infortuni nel d.lgs. n. 626/96*, nota a Cass. pen., Sez. III, n. 6804 dell'11/1/2002, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, 1, 76 ss., MONEA, *PA, la sicurezza sul lavoro riparte dall'organizzazione. Il modello gestionale deve recepire le indicazioni della norma*, in *Il Sole 24 Ore*, 2008, 7/8, cit. e PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., cit.

¹³ PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., cit.

¹⁴ Art. 2 comma 1 d.lgs. 165/2001: "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive".

¹⁵ FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 974 ss., cit.

¹⁶ PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., cit.

¹⁷ In tal senso POLIMENI, *La nozione di datore di lavoro nella pubblica amministrazione ai fini della sicurezza e della prevenzione degli infortuni nel d.lgs. n. 626/96*, in *Lav. nelle p.a.*, 2003, 1, 76 ss., cit., il quale, richiamando la sentenza della Cass. pen. Sez. III, n. 6804/02, sottolinea la necessità di "legare indissolubilmente l'esercizio dei poteri gestionali, affidati ai dirigenti, all'attribuzione di «autonomi poteri di spesa» senza i quali non può esservi alcun esercizio di facoltà gestionali», incorrendo altrimenti il dirigente, che per mancanza di risorse finanziarie non abbia adottato le prescritte cautele antinfortunistiche, in una responsabilità di mera posizione e quindi oggettiva.

adempimento di uno specifico obbligo organizzativo gravante sull'organo di direzione politica suscettibile di dar luogo ad una carenza strutturale dell'ente.

La sanzione predisposta dall'ordinamento per tale inadempienza organizzativa da parte dell'organo di vertice è la previsione di una sua responsabilità *sussidiaria* per le violazioni da omissione delle cautele antinfortunistiche – “finalizzata a scoraggiare atteggiamenti dilatori o inappropriati da parte dello stesso organo di vertice”¹⁸ – imperniata su una *colpa di organizzazione*¹⁹, del tutto scissa dai criteri della prevedibilità ed evitabilità del fatto tipico, ancorati alla concretizzazione del rischio preso in considerazione dalle norme cautelari la cui violazione è addebitata all'organo di direzione politica dell'ente²⁰.

Il delineato meccanismo di responsabilità dell'organo di vertice sembra rispondere, inoltre, alla stessa *ratio* ispiratrice della norma di chiusura rinvenibile nell'art. 299 del d.lgs. n. 81/2009, la quale, appunto prevede che le posizioni di garanzia relative al datore di lavoro, al dirigente ed al preposto “gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti”, poiché, se il diritto dei lavoratori alla salute ed alla sicurezza deve ricevere le più ampie tutele, occorre che sia chiamato a rispondere delle eventuali offese ad esso arrecate il soggetto concretamente dotato dei poteri di gestione e di spesa necessari per adottare le misure di prevenzione prescritte dalle norme violate: e quindi, se del caso, l'organo di direzione politica dell'ente pubblico.

La giurisprudenza di legittimità, formatasi successivamente alla ‘riscrittura’ della definizione di datore di lavoro pubblico compiuta dal legislatore delegato del 2008, appare divisa in ordine alla latitudine applicativa dell'atto d'individuazione.

Infatti, mentre in alcune pronunce si afferma che, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, l'individuazione da parte dell'organo di vertice è atto indispensabile per conferire la qualità di datore di lavoro per la sicurezza sia al dirigente dotato di poteri di gestione che al funzionario preposto ad un ufficio dotato di autonomia gestionale, i quali, perciò, entrambi, vanno designati tenendo conto dell'articolazione degli uffici e devono essere dotati di autonomi poteri decisionali e di spesa, venendo in essere, altrimenti, la responsabilità sussidiaria per inadempienza organizzativa dell'organo di direzione politica, in altre si afferma che, nelle pubbliche amministrazioni, ai fini della normativa sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano poteri gestionali, decisionali e di spesa, a prescindere da uno specifico atto d'individuazione da parte dell'organo di direzione politica²¹; atto, invece, ritenuto necessario, ai fini

¹⁸ Così PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., cit.

¹⁹ FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 974 ss., cit.

²⁰ La responsabilità per colpa, infatti, non si estende a tutti gli eventi che, comunque, siano derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che la stessa norma mirava a “prevenire”.

²¹ Cass. pen., Sez. IV, n. 34804 del 02/7/2010, Rv. 248349, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2767.

dell'esclusione della responsabilità sussidiaria di tale organo, solo nell'ipotesi del funzionario preposto ad un ufficio dotato di autonomia gestionale.

Si legge, così, in alcune decisioni, che, nelle amministrazioni dei Comuni, è il Sindaco, in quanto organo di vertice, a dovere individuare il dirigente, o il funzionario non dirigente, cui attribuire la qualità di datore di lavoro per la sicurezza, insistendo altrimenti sullo stesso Sindaco – in caso di omessa o irregolare individuazione del dirigente deputato ad assumere il debito di sicurezza – la qualifica di datore di lavoro²²; e che, di conseguenza, i dirigenti comunali possono essere titolari di posizioni di garanzia nello svolgimento dei compiti di gestione amministrativa loro devoluti, residuando in capo al Sindaco unicamente poteri di sorveglianza e controllo collegati ai compiti di programmazione che gli appartengono quale capo dell'amministrazione comunale²³.

In applicazione di questa massima, perciò, un dirigente comunale è stato riconosciuto responsabile del delitto di lesioni colpose aggravate dalla violazione delle norme antinfortunistiche del quale era stato vittima un dipendente addetto al reparto cantonieri di un Comune, essendogli stata attribuita la posizione di datore di lavoro per la sicurezza del settore lavori pubblici (nell'ambito de quale era incardinato il reparto cantonieri) per effetto di un decreto sindacale che non aveva contestato, e rispetto al quale non aveva mai opposto difficoltà o carenze di natura economico-finanziaria, la cui risoluzione sarebbe spettata agli organi politici, vale a dire al Sindaco e/o alla Giunta; sollecitazioni, queste, che invece, sarebbero valse a configurare a carico degli organi politici, ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., un coinvolgimento colpevole, in forma omissiva, nel fatto ascrivibile al primo.

In applicazione del principio, invece, per il quale, nell'amministrazione degli enti pubblici, la qualifica di datore di lavoro ai fini della normativa sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro deve intendersi attribuita *ex lege* al dirigente al quale spettano poteri di gestione, compresa la titolarità di autonomi poteri decisionali anche in materia di spesa, la Corte di legittimità ha confermato la condanna pronunciata, nei giudizi di merito, nei confronti di una dirigente ospedaliera accusata di non avere predisposto le cautele necessarie ad impedire la verifica delle lesioni personali patite da una lavoratrice dipendente, osservando che, in base alla legislazione nazionale e regionale, l'organizzazione delle aziende ospedaliere è strutturata in modo da prevedere una suddivisione di poteri in materia di prevenzione infortuni tale da consentire ed imporre ai dirigenti posti a capo delle singole unità operative di assolvere ai relativi obblighi non in forza di delega ma della legge stessa, così rendendo superflua ogni ulteriore attività di individuazione o delega per l'attribuzione di competenze già facenti capo a quello che sarebbe il delegato. Con la conseguenza che, nel caso scrutinato, anche in mancanza di una formale individuazione del soggetto cui attribuire la qualità di datore di lavoro nella pubblica amministrazione, doveva

²² Cass. pen., Sez. III, n. 15206 del 22/3/2012, Rv. 252383, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 789.

²³ Cass. Pen., Sez. IV, n. 22341 del 21/4/2011, Rv. 250720, in *Guida dir.*, 2011, 37, 81.

ritenersi corretto riconoscere la qualità di datore di lavoro per la sicurezza in capo alla dirigente imputata²⁴.

Collocandosi nel solco di tale indirizzo interpretativo, la Cassazione ha ritenuto responsabile delle violazioni di norme antinfortunistiche riscontrate nei luoghi di lavoro di pertinenza di una ASL, il direttore generale del medesimo ente pubblico, essendo questi collocato al vertice amministrativo e gestionale dell'ente pubblico e, in virtù di tale sua posizione funzionale, perciò, tenuto all'osservanza delle norme di prevenzione e di sicurezza che rientrano nella più ampia nozione di gestione dell'ente.

Ha, infatti, precisato la Corte che : «a tal fine per “datore di lavoro” negli enti pubblici deve intendersi chi, in concreto, abbia il potere gestionale sui luoghi di lavoro; nel caso di un'Azienda del Servizio Sanitario Nazionale questo potere gestionale, in mancanza di alcuna delega, spetta al direttore generale» ed ha continuato sostenendo che: «Il d.lgs. n. 81/2008, art. 2, infatti, prevede espressamente che nelle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2, per “datore di lavoro” si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione. Solo nel caso in cui un funzionario non avente qualifica dirigenziale 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, sullo stesso ricadono gli obblighi di prevenzione»²⁵.

Questa impostazione è stata fortemente criticata dalla dottrina²⁶, che, evocando l'obbligo imposto, dall'art. 4 comma 3 d.lgs. 165/2001, agli enti pubblici il cui organo di vertice non sia politico, di adeguare i propri ordinamenti al principio della “distinzione dei poteri”, ha escluso che nelle Aziende Sanitarie Locali il “datore di lavoro” per la sicurezza coincida con il direttore generale, che è l'organo di vertice dell'ente medesimo. Infatti, se pur vero che il possesso di poteri di gestione costituisce un requisito per la ricorrenza della qualifica datoriale per la sicurezza, tuttavia, nel caso del direttore generale della ASL mancherebbe, comunque, l'individuazione dell'organo di vertice dell'amministrazione²⁷, non essendo, di certo, ammissibile un'auto-individuazione e non potendosi neppure confondere l'individuazione con l'atto di nomina dello stesso direttore generale – rientrante, piuttosto, tra gli atti di competenza degli organi di governo di cui all'art. 4 comma 1 lett. c) ed e) d.lgs., 165/2001 – dato che tale nomina è effettuata da un soggetto che non è l'organo di vertice della Asl. Nelle Asl, quindi, spetterà proprio al direttore generale l'atto di individuazione del dirigente-datore di lavoro, ferme restando le conseguenze previste dalla legge in caso di omessa individuazione, emergendo solo in tal caso la dimensione datoriale del direttore generale.

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 34804 del 02/7/2010, Rv. 248349, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2767, cit.

²⁵ Cass. pen., Sez. III, n. 29543 del 7/5/2009, Rv. 244577, in *Guida dir.*, 2009, 46,62.

²⁶ PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss, cit.

²⁷ Così in *Le Nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, a cura di ZOPPOLI, PASCUCCI, NATULLO, in *Leggi e Lavoro*, Assago, 2010, 2^a ed., I^a parte.

All'idea della sufficienza dell'investitura *'ex lege'* del dirigente dotato di poteri gestori quale datore di lavoro per la sicurezza fa riferimento anche la sentenza della Terza Sezione penale della Cassazione n. 28410/2012²⁸, che, perciò, ha ritenuto che, in un Consorzio intercomunale per la gestione del servizio di raccolta e di smaltimento dei rifiuti, la qualifica di datore di lavoro per la sicurezza fosse da riconoscere al direttore generale del consorzio medesimo (e non al Presidente del Consiglio di Amministrazione dello stesso ente), pur in mancanza di un atto di individuazione da parte dell'organo di vertice, per essere, questi, un dirigente dotato, per espressa disposizione statutaria, di poteri gestionali, decisionali e di spesa.

All'esito di tale ricognizione, pare possibile affermare che la descritta divaricazione registrata, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine alla valenza del requisito dell'individuazione ai fini dell'attribuzione, nelle pubbliche amministrazioni, della qualifica di datore di lavoro per la sicurezza, a dirigenti e funzionari, sia da ricondurre a due diverse opzioni di politica criminale.

Le pronunce che ritengono, in ogni caso, indispensabile l'atto d'individuazione del dirigente o del funzionario da parte del vertice per escludere la responsabilità sussidiaria dell'organo di governo, rispecchiano l'orientamento espresso nelle richiamate sentenze n. 38840/2005 e n. 35137/2007 dalla Cassazione Penale nella vigenza del testo dell'art. 2 lett. b) d.lgs. 626/94 e sembrano, comunque, più aderenti alla struttura ed all'impostazione logica della norma di cui all'art. 2 lett. b) secondo e terzo periodo d.lgs. 81/2008. Infatti, la circostanza che il legislatore abbia utilizzato una proposizione compiuta ed autonoma per indicare le conseguenze della mancata o irregolare individuazione sembra dover orientare l'interprete nel senso di riferire sia al dirigente che al funzionario preposto ad un ufficio – indicati nella proposizione compiuta immediatamente antecedente – la necessità dell'atto d'individuazione, dovendosi, altrimenti, pervenire all'assurdo che la responsabilità sussidiaria dell'organo politico sussiste solo nell'ipotesi di mancata attribuzione o di attribuzione irregolare della qualifica di datore per la sicurezza al funzionario preposto ad un ufficio dotato di autonomia gestionale e non anche nel caso del dirigente designato, sì, nello statuto dell'ente, ma in concreto privo dei poteri decisionali e di spesa necessari per adottare il sistema delle misure antinfortunistiche. Tali decisioni, infatti, con l'implicare la responsabilità, anche penale, degli organi politici, investiti delle decisioni fondamentali circa l'organizzazione dell'ente e dotati dei poteri di spesa necessari ad adottare i necessari interventi strutturali, s'ispirano al principio della piena ed effettiva tutela dei beni fondamentali dei lavoratori coinvolti nelle attività lavorative pericolose o rischiose svolte nell'ambito della pubblica amministrazione e mirano, perciò, ad evitare 'fughe' dalla responsabilità, fondate sull'allegazione, da parte degli organi burocratici, della mancanza dei necessari poteri decisionali e di spesa, e, da parte degli organi politici, della carenza di poteri gestori.

Le pronunce che, invece, identificano il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni nel dirigente al quale spettano i poteri di gestione, in forza della legge

²⁸ Cass. pen. Sez. III, n. 28410 del 16 /7/ 2012, in www.dirittoegiustizia.it, 17/7/2012, non massimata.

stessa, rendendo superflua ogni ulteriore attività di individuazione per l'attribuzione di competenze già facenti capo a quello che sarebbe il designato, sono animate, è da ritenere, dalla preoccupazione circa le possibili ricadute negative sul criterio dell'imputazione colposa del fatto tipico, fondato sulla prevedibilità ed evitabilità della situazione di fatto rientrante nella sfera di rischio abbracciata dalla norma cautelare violata, derivanti dall'implicito accoglimento della categoria della colpa d'organizzazione²⁹ connotante la responsabilità penale sussidiaria del vertice politico.

Se infatti tale fenomenologia del collegamento psichico tra il fatto ed il soggetto, è stata ritenuta compatibile con il principio di colpevolezza, come recepito nell'art. 27 comma 1 della Costituzione, in riferimento alla responsabilità delle persone giuridiche siccome delineata dall'art. 5 d.lgs. n. 231/2001³⁰, è lecito, tuttavia, esprimere qualche riserva in ordine all'effettiva conciliabilità della colpa d'organizzazione con un modello autenticamente personalistico di riferibilità del fatto all'autore. L'organo di governo dell'ente, infatti, proprio perché investito delle decisioni programmatiche e strutturali circa l'organizzazione dell'ente, non è nella condizione – se non altro per la 'distanza' normalmente intercorrente tra il piano d'azione del vertice politico e quello in cui operano i lavoratori³¹ – di prevedere quale sia il rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore che la specifica norma cautelare intende prevenire e di adottare, di conseguenza, – spettando al dirigente il potere di dare attuazione in concreto agli obiettivi programmatici prefissati dal vertice! – le opportune misure di prevenzione.

Per effetto, poi, della disposizione generale sancita dall'art. 2087 c.c.³², che pone l'obbligo generale del datore di lavoro di adottare misure di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei lavoratori, e di quelle specifiche previste dalla normativa antinfortunistica, anche il datore di lavoro pubblico è costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro³³, con la

²⁹ Cass. pen., Sez. IV, n. 7026 del 15/10/2002, Rv. 223746, in *Cass. pen.*, 2004, 2347, con nota di BLAIOTTA, *Incidenti da aviolancio, problemi causali nuovi, attività rischiose*, riguardante l'affermazione di responsabilità degli organi di vertice della brigata "Folgore" per la morte, in esercitazione, di alcuni paracadutisti. La Corte ha, infatti, ritenuto configurata la colpa nell'adozione, da parte di quei vertici, senza studi preventivi e senza adeguata sperimentazione, di una tecnica di lancio incompatibile, per le sue caratteristiche, con il materiale in uso alla brigata, in relazione alla necessità di tutelare la sicurezza dei paracadutisti stessi, specie di quelli meno esperti, essendo compito del giudice non il sindacare le scelte discrezionali della p.a. nella disciplina della sua organizzazione interna, ma quello di verificare se quelle scelte, qualora vengano in rilievo ai fini dell'incidenza causale su fatti di reato, siano compatibili con una condotta che possa essere complessivamente considerata come irreprensibile sul piano della liceità penale.

³⁰ Cass. pen., Sez. VI, n. 27735 del 18/2/2010, Rv. 247666, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1876 ss., con nota di AGNESE, *Osservazioni a Cass. pen. Sez. 6, n. 27735 del 18/02/2010*.

³¹ FORMICA, *La condanna di un sindaco tra inadempienza formativa del datore di lavoro pubblico e colpa strutturale del vertice politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2, 974 ss., cit.

³² La Corte cost., nella sentenza 11/12/1996 n. 399, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 2, 260 ss., ha ritenuto che, in quanto norma aperta, l'art. 2087 c.c. permetta all'ordinamento una sorta di adeguamento permanente alla sottostante realtà socio-economica, in modo da supplire ad eventuali lacune cui una normativa potrebbe dar luogo, non potendo prevedere qualsiasi fattore di rischio.

³³ Cass. pen., Sez. IV, n. 13749 del 20/1/2011, in *www.dirittoegiustizia.it* del 12/4/2011 non massimata e Cass. pen., Sez. IV, n. 2816 del 21/12/2010, non massimata, in *Guida dir.*, 2011, 18, 75.

conseguenza che, ove egli non ottemperi ai previsti obblighi di tutela, l'evento lesivo generato dalla violazione di tali obblighi gli è imputato secondo il meccanismo previsto dall'art. 40 2° comma c.p.

Il dirigente-datore di lavoro, perciò, ha, in primo luogo, un dovere di prevenzione tecnica ed organizzativa, che gli impone di predisporre un sistema globale di previsione e di gestione delle misure di cautela antinfortunistica all'interno dell'azienda e di fornire al lavoratore macchine e strumenti di lavoro privi di pericolo, alla luce della migliore ricerca tecnologica³⁴; ha, poi, un dovere di prevenzione informativa e formativa, consistente nell'obbligo di rendere edotti i lavoratori dei pericoli che possono scaturire dall'uso scorretto delle macchine o degli strumenti di lavoro e di rappresentare loro che, per evitare gli infortuni, non esistono accorgimenti alternativi a quelli indicati di volta in volta, pretendendo, al contempo, che i lavoratori medesimi siano consapevoli del dovere, tanto nei propri confronti quanto nei confronti della collettività, di rispettare le norme antinfortunistiche³⁵; ha, infine, un dovere di controllare e vigilare, in maniera assidua ed ininterrotta, che le norme antinfortunistiche vengano scrupolosamente osservate³⁶, dovendo proteggere il lavoratore persino da se stesso, ed anche contro la sua stessa volontà³⁷.

Dunque, il datore di lavoro deve, per un verso, attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando l'adozione delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa, e, per altro verso, ha l'obbligo di accertarsi del rispetto dei presidi antinfortunistici, vigilando a che le condizioni di sicurezza siano mantenute per tutto il tempo in cui l'opera è prestata. Principio, questo, ribadito e specificato dall'art. 18 comma 3 *bis* del d.lgs. n. 81/2008, introdotto dal d.lgs. n. 106/2009, che ha espressamente sancito il dovere del datore di lavoro e del dirigente di assolvere oltre agli obblighi propri, anche a quelli di vigilanza sull'adempimento degli obblighi propri dei preposti (art. 19), dei lavoratori (art. 20), dei progettisti (art. 22), dei fabbricanti e dei fornitori (art. 23), degli installatori (art. 24) e del medico competente (art. 25), ferma restando l'esclusiva responsabilità di tali soggetti (obbligati in proprio), allorché la mancata attuazione dei relativi obblighi sia loro integralmente addebitabile, non essendo riscontrabile un difetto di vigilanza da parte del datore di lavoro o del dirigente.

³⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 31571 dell'8/8/2011, in *Il Sole 24 Ore* del 23/8/2011, non massimata, con nota di MACHINA GRIFEO, *Datore sempre responsabile per la pericolosità del macchinario*, [disponibile a questo link](#).

³⁵ GIUNTA-MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 91 ss., ove si sostiene che attualmente il lavoratore è chiamato in prima persona ad applicare le norme di sicurezza, non potendo definirsi solo beneficiario delle norme prevenzionistiche, ma anche destinatario di una serie di precetti antinfortunistici, complementari rispetto al debito di sicurezza dei principali garanti.

³⁶ Cass. pen., Sez. IV, n. 16888 del 7/2/2012, Rv. 252373, in *Guida dir.*, 2012, 24, 94.

³⁷ Cass., Sez. lav., n. 8267 del 1/9/1997, Rv. 507360, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 6, 818 con nota di GRAGNOLI, *Responsabilità datoriale per infarto del dipendente e potere organizzativo*.

4. La delega di funzioni

Sembra ormai pacifico che anche il datore di lavoro pubblico, individuato secondo i criteri di cui all'art. 2 lett. b) secondo e terzo periodo d.lgs. n. 81/2008, possa delegare gli obblighi su di lui gravanti ad altri – salvo quelli non delegabili *ex art. 17 d.lgs. 81/2008*, vale a dire la valutazione dei rischi con la correlata redazione del documento di sicurezza aziendale e la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi –, con conseguente sostituzione e subentro del delegato nella posizione di garanzia³⁸.

La delega, – che, ormai, è disciplinata espressamente dall'art. 16 d.lgs. 81/2008 –, tuttavia, per essere rilevante ai fini dell'esonero da responsabilità del delegante, deve, essere puntuale ed espressa, senza che siano trattenuti in capo al delegante poteri residuali di tipo discrezionale; investire un soggetto tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli; essere giustificata in base alle esigenze organizzative dell'ente; trasferire i poteri decisionali e di spesa corrispondenti alle funzioni trasferite; essere cristallizzata in un atto giuridico con forma scritta '*ad substantiam*', munito di data certa, sottoposto a pubblicità "adeguata e tempestiva" (art. 16 comma 2 d.lgs. n. 81/2008)³⁹, proprio allo scopo, per un verso, di rendere certo l'affidamento dell'incarico a persona ben individuata, che lo abbia volontariamente accettato nella consapevolezza dell'obbligo di cui viene a gravarsi, e, per altro verso, allo scopo di evitare indebite esenzioni e compiacenti sostituzioni di responsabilità⁴⁰.

Il trasferimento di funzioni non esclude, inoltre, l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato del compito affidatogli, anche se detta vigilanza non può avere per oggetto il controllo capillare ed ininterrotto delle modalità di svolgimento delle singole attività, concernendo, invece, la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato⁴¹.

La dottrina⁴² ha, però, segnalato che, nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, la delega di funzioni andrebbe, forse, più correttamente inquadrata nella categoria degli *atti amministrativi*, sia perché, trasferendo essa ad altri soggetti i poteri decisionali e di spesa attribuiti al dirigente-datore di lavoro dall'organo di vertice mediante l'atto di individuazione, di questo atto, che è di alta amministrazione, dovrebbe necessariamente condividere la natura, sia perché, per tutelare

³⁸ Cass. pen. Sez. III, n. 28410 del 16/7/2012, in *www.dirittoegiustizia.it*, 17/7/2012, non massimata, cit.

³⁹ PADOVANI, *La delega di funzioni tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 4, 1581 ss.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 39266 del 4/10/2011, Rv. 251440, in *C.E.D. Cass. pen.* 2011.

⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, n. 10702 del 01/2/2012, Rv. 252675, in *www.dirittoegiustizia.it* del 20/3/2012. In applicazione di tale principio la Corte ha censurato la decisione con cui la Corte di appello aveva affermato la responsabilità, in ordine al reato di omicidio colposo, dell'imputato, quale datore di lavoro in quanto legale rappresentante di una grande impresa, pur in presenza di valida delega concernente la parte tecnica-operativa attribuita ad altro soggetto.

⁴² Così PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 3-4, 553 ss., cit.

adeguatamente la salute e la sicurezza dei lavoratori, potrebbero essere necessari interventi strutturali esorbitanti rispetto alla normale gestione delle risorse umane e finanziarie mediante i poteri propri del privato datore di lavoro, che presuppongono, pertanto, anche il trasferimento di poteri pubblicistici.