

I WORKING PAPERS DI

OLYMPUS

10/2012

Paolo Pascucci

L'individuazione delle posizioni
di garanzia nelle società di
capitali dopo la sentenza
“ThyssenKrupp”:
dialoghi con la giurisprudenza

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 230 del 12 maggio 2011

“I Working Papers di Olympus” costituiscono una raccolta seriale e progressiva, pubblicata *on line*, di saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si collocano fra le iniziative dell’Osservatorio “Olympus” dell’Università di Urbino “Carlo Bo” (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, l’attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall’Osservatorio. I saggi inseriti ne “I Working Papers di Olympus” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci

Comitato Scientifico

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Loralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Luca Nogler, Alessandra Pioggia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli

Comitato di Direzione

Alberto Andreani, Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Gaetano Natullo, Paolo Polidori

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Romina Allegrezza, Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Stefano Costantini, Silvano Costanzi, Lucia Isolani, Laura Martufi, Natalia Paci

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Carlo Bo” di Urbino

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

I saggi destinati alla pubblicazione su “I Working Papers di Olympus” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto.

Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell’organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note e bibliografia.

Gli apparati di note e bibliografici possono essere redatti in una delle seguenti forme:

1) tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. In tal caso non è necessario un elenco bibliografico finale;

2) riferimenti bibliografici inseriti direttamente nel testo tra parentesi, con l’indicazione del cognome dell’autore, dell’anno di pubblicazione e della pagina citata (es.: Giugni, 1960, 122) – e con un elenco finale in ordine alfabetico di tutti i riferimenti bibliografici effettuati (es.: Giugni G., 1960: *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano). Nel caso di più opere di uno stesso autore, dopo l’anno va indicata una lettera dell’alfabeto in ordine crescente in relazione alla data di pubblicazione (es.: Giugni, 1960a, 122). Nel caso di cognomi uguali, dopo il cognome va indicata la lettera maiuscola iniziale del nome di battesimo (es.: Zoppoli L., 1984, 111).

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti alla preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico. La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al giudizio espresso dai due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. La stessa procedura vale per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d’origine.

I saggi pubblicati su “I Working Papers di Olympus” potranno essere successivamente destinati anche a libri o riviste in formato cartaceo purché se ne dia adeguatamente conto in sede di pubblicazione elettronica.

Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve *abstract* in italiano e in inglese, dall’indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dall’indirizzo di posta elettronica dell’autore e dalla qualifica accademica o professionale di quest’ultimo.

Paolo Pascucci

***L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza
"ThyssenKrupp": dialoghi con la giurisprudenza***

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 10/2012 – <http://olympus.uniurb.it>

I contenuti di questa opera sono rilasciati sotto Licenza Creative Commons Attribuzione - Non opere derivate 2.5
Italia License

Paolo Pascucci è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino "Carlo Bo"
paolo.pascucci@uniurb.it

Abstract

Prendendo spunto dalla recente sentenza sulla tragedia della ThyssenKrupp di Torino, il saggio esamina il prevalente orientamento giurisprudenziale relativo all'individuazione della posizione di garanzia datoriale nelle società di capitali, soffermandosi in particolare sul ruolo dei membri del consiglio di amministrazione specialmente nel caso in cui lo stesso consiglio abbia conferito ai sensi dell'art. 2381 c.c. ad uno o più di tali membri una delega di gestione in materia di sicurezza sul lavoro. In particolare si analizza la compatibilità della delega prevista dall'art. 2381 c.c. con la disciplina speciale della sicurezza sul lavoro, caratterizzata anche dal principio della indelegabilità di alcune funzioni datoriali, nonché la questione della permanenza in capo ai membri del consiglio di amministrazione dei doveri di controllo sull'attività dei delegati e di intervento sostitutivo in caso di inerzia di questi ultimi.

The essay has been inspired by the recent judgment on the tragedy of the ThyssenKrupp factory in Turin. It investigates the predominant case law about the individuation of the position of guarantee of the employer in the companies, focusing, in particular, on the role of the members of the board of directors, especially when, by the article 2381 of the civil code, the same board of directors has conferred a delegation of management in the area of safety at work to one or more of these directors. In particular, the paper analyzes the compatibility of the delegation provided for by the quoted article with the special discipline of safety at work, also characterized by the principle which doesn't allow to delegate some employer functions, and the matter of the permanence on the head of the members of the board of directors of the duty of control about the activities of the delegates and of the duty of substitutive intervention if the same delegates are inactive.

Parole chiave: datore di lavoro, società di capitali, consiglio di amministrazione, controllo, intervento sostitutivo.

Keywords: employer, companies, board of directors, control, substitutive intervention.

ISSN 2239-8066

OLYMPUS

Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino “Carlo Bo”

Via Matteotti, 1 – 61029 Urbino (Italy)

Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955 – olympus@uniurb.it

<http://olympus.uniurb.it>

L'individuazione delle posizioni di garanzia nelle società di capitali dopo la sentenza "ThyssenKrupp": dialoghi con la giurisprudenza *

10/2012

di Paolo Pascucci

*"... molte anzi tempo all'Orco
generose travolse alme d'eroi..."*
(*Iliade*, I, 3-4)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito dell'indagine. – 3. La figura del datore di lavoro e il principio di effettività. – 4. Chi era datore di lavoro della ThyssenKrupp? – 5. Il datore di lavoro nelle società di capitali tra diritto della sicurezza sul lavoro e codice civile. – 6. La delega *ex art.* 2381 c.c. nel diritto della sicurezza sul lavoro. 6.1. Un confronto con l'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni. 6.2. Il datore di lavoro per la sicurezza nel settore privato e l'"ottimizzazione" della posizione di garanzia datoriale. 6.3. Assetto di governo delle società di capitali e indelegabilità di alcune funzioni datoriali. 6.4. Delega *ex art.* 2381 c.c. e individuazione della preminente posizione di garanzia datoriale. – 7. Uno o più datori di lavoro? – 8. Dirigente o RSPP? – 9. Conclusione.

1. Premessa

In un dibattito, come quello sulla sentenza di primo grado sul caso ThyssenKrupp¹, essenzialmente incentrato sui profili penalistici relativi all'elemento psicologico del reato, non è molto facile "dire qualcosa di diritto del lavoro".

* Questo scritto – di cui una versione più ridotta è destinata ad essere pubblicata fra le opinioni sul caso ThyssenKrupp richieste dal *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* – costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di alcuni riferimenti bibliografici, della relazione presentata all'incontro di studio su "Disastri nell'ambiente di lavoro. Oltre il caso ThyssenKrupp. La responsabilità tra dolo e colpa di organizzazione", svoltosi presso l'Università di Bologna il 12 aprile 2012 ed organizzato dalla Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, dalla Scuola superiore di studi giuridici, dalla Scuola per le professioni legali e dall'Ufficio del referente per la formazione decentrata CSM-Corte d'appello di Bologna.

¹ Tribunale di Torino, Seconda Corte di assise, 14 novembre 2011, in <http://olympus.uniurb.it>. Per un primo commento alla sentenza v. M. GALLO, *Caso Thyssen: le nuove frontiere del diritto penale del*

D'altro canto, non v'è alcun dubbio che quello della sicurezza sul lavoro² rappresenti il terreno d'elezione per far dialogare diritto penale e diritto del lavoro. Un dialogo quanto mai necessario soprattutto ove si ritenga, che, nonostante le sue tante peculiarità, il diritto della sicurezza sul lavoro non possa ancora considerarsi propriamente una disciplina dotata di una sua autonomia epistemologica e quindi, proprio per questo, esiga un robusto e costante apporto da parte delle due branche della scienza giuridica sulle quali deve principalmente far leva.

Se, per un verso, l'interdisciplinarietà fornisce la migliore rappresentazione della complessità della materia in esame – venendo qui in gioco una interdisciplinarietà sia "interna" al diritto sia "esterna" ad esso, sol che si pensi alle tante discipline mediche e tecniche coinvolte³ – per altro verso essa richiede la disponibilità di un "linguaggio comune", che consenta alle diverse discipline di dialogare tra loro al fine di realizzare una vera e propria "scienza della prevenzione dai rischi lavorativi".

Senonché, almeno per la sua parte, lo stesso linguaggio giuridico non è, di per sé, necessariamente univoco od omogeneo, ma differisce a seconda delle singole discipline giuridiche. Si può ad esempio dubitare che determinati concetti formati in un ordinamento extrapenale come quello giuslavoristico – si pensi alla nozione di "lavoratore" o a quella di "datore di lavoro" – possiedano di per sé identico significato nel momento in cui assumono rilevanza nel diritto penale del lavoro⁴. In realtà, l'esigenza di una "lingua comune" vale non solo per favorire il dialogo sul versante interdisciplinare "allargato" a tutte le discipline scientifiche attinenti alla prevenzione, ma prima ancora rispetto al piano interdisciplinare "interno" alle scienze giuridiche.

Emerge così la necessità di costruire e affinare tale codice linguistico comune dandogli peraltro sicure fondamenta: da un lato, quelle del linguaggio adottato dal più recente legislatore della prevenzione dai rischi lavorativi, il quale, non a caso, ha innanzitutto proposto – a differenza del passato – una lunghissima serie di definizioni (art. 2 del d.lgs. n. 81/2008); dall'altro lato, quelle del linguaggio utilizzato dalla giurisprudenza

lavoro, in *Guida al lavoro*, 2011, n. 49, p. 67 ss.; M. BELLINA, *Infortuni sul lavoro: la giurisprudenza penale alla "svolta" del dolo eventuale?*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, p. 152 ss.

² Per una recente trattazione di tale materia v. G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 1073 ss.

³ Sulla necessità di un confronto multidisciplinare in materia di sicurezza sul lavoro cfr. P. TULLINI, *Presentazione*, in EAD. (a cura di), *Gestione della prevenzione*, in *La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, II, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, 2011, p. 3.

⁴ Per una organica trattazione di tale materia v., tra gli altri, C. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Padova, 1980; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983; N. MAZZACUVA e E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, VII, Torino, 2007. Con riferimento allo specifico tema della sicurezza sul lavoro v. di recente F. GIUNTA e D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010; G. INSOLERA (a cura di), *Norme penali e processuali*, in *La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, III, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, cit.

specialmente nei casi in cui occorre dare specifico contenuto a principi legislativi generali ed astratti: è il caso, riproposto anche dalla sentenza torinese, della individuazione del datore di lavoro nelle società di capitali⁵. Tutto ciò può contribuire alla creazione di un vero e proprio “alfabeto” del nuovo linguaggio giuridico comune della prevenzione e della sicurezza sul lavoro.

2. *Ambito dell'indagine*

Quanto appena detto sul “linguaggio” della sicurezza sul lavoro trova un importante riscontro anche con riferimento al caso ThyssenKrupp.

Se spetta indubbiamente ai penalisti addentrarsi nei delicati meandri della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nonché sui profili della “colpa di organizzazione”⁶ su cui si impernia gran parte della pronuncia dell’assise torinese⁷, un comune terreno di confronto tra diritto del lavoro e diritto penale può essere costituito dai passaggi della sentenza in cui vengono in gioco alcuni concetti chiave del diritto della sicurezza sul lavoro che, sebbene traggano la propria ascendenza dal diritto del lavoro generale, nel diritto speciale della sicurezza sul lavoro tendono a subire una torsione rispetto all’originaria concezione.

Si tratta di concetti la cui individuazione gioca un ruolo preliminare nell’accertamento delle responsabilità e che meritano quindi un’apposita riflessione. Mi riferisco soprattutto al concetto di “datore di lavoro”, al quale la Corte torinese dedica notevole spazio sia sul piano teorico generale sia su quello dell’accertamento dei fatti: concetto che, nel caso di specie, deve fare i conti con la dimensione societaria dell’impresa e con la complessità della sua struttura. Si tratta, inoltre, del concetto di “dirigente”, specialmente là dove esso emerge, in capo ad uno stesso soggetto, insieme a quello di responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP).

Più in particolare, da quei passi della sentenza cercherò di trarre spunti per una riflessione, più ampia del caso di specie, finalizzata a ricostruire il percorso per approdare all’individuazione delle posizioni di garanzia (soprattutto quella

⁵ Per una rassegna della giurisprudenza sulla figura datoriale nelle società di capitali cfr. R. GUARINIELLO, *Datore di lavoro e delega nelle s.p.a.*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2005, n. 8, p. 461 ss. Per una recente sintesi v. R. DUBINI, *L’individuazione del datore di lavoro “effettivo”*, in <http://www.puntosicuro.it> (numero 2822 di venerdì 23 marzo 2012).

⁶ C.E. PALIERO e C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, 2006, p. 167 ss.

⁷ V. di recente G. MARRA, *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, *I Working Papers di Olympus*, n. 8/2012, in <http://olympus.uniurb.it>.

datoriale) nelle società di capitali, anche alla luce delle nuove regole nel frattempo sopravvenute. Infatti, se è probabile che, senza la tragica vicenda ThyssenKrupp, il d.lgs. n. 81/2008 non avrebbe visto la luce ⁸ (è ben noto come l'iter di costruzione di tale decreto, alquanto impantanato nell'autunno del 2007, subì un'impressionante accelerazione proprio subito dopo il drammatico incendio della notte del 6 dicembre), sta di fatto però che quella vicenda è stata giudicata alla luce del vecchio d.lgs. n. 626/1994, all'epoca vigente. Fatta eccezione per l'art. 300 (applicabile al caso ThyssenKrupp prevedendo un regime sanzionatorio più favorevole dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001) ⁹ e per alcuni richiami incidentali di altre sue norme (l'art. 2 sulla definizione di dirigente), il d.lgs. n. 81/2008 non poteva che rimanere estraneo alla vicenda sebbene le sue nuove regole, e soprattutto le sue nuove definizioni, aleggiassero sullo sfondo dell'aula dell'assise torinese.

D'altronde, al di là dei pregi o dei limiti della sentenza torinese, è più che presumibile che il dibattito sull'individuazione del datore di lavoro nelle società di capitali non si spegnerà neppure quando su quella funesta vicenda sarà scesa anche l'ottava pietra tombale: quella del giudicato.

3. *La figura del datore di lavoro e il principio di effettività*

In merito alla figura del "datore di lavoro", l'assise torinese, riprendendo integralmente alcuni brani della celebre pronuncia del 2004 della Cassazione su di un'altra nota tragedia (quella dell'incendio della camera iperbarica dell'Istituto "Galeazzi" di Milano) ¹⁰, esordisce affermando testualmente che "ai fini delle disposizioni di cui al d.lgs. 626, la qualifica di datore di lavoro non è intesa nel senso esclusivamente civilistico e giuslavoristico, e quindi limitata a chi è titolare del rapporto di lavoro" (la cosiddetta definizione "formale"), "ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva ed è titolare dei poteri decisionali e di spesa" (la cosiddetta definizione "sostanziale").

Si tratta di un'affermazione che merita una prima riflessione proprio in riferimento al dialogo tra diritto del lavoro e diritto penale del lavoro. Infatti, se si

⁸ Sul processo di formazione del d.lgs. n. 81/2008 e del successivo decreto correttivo (d.lgs. n. 106/2009) cfr. P. PASCUCCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 modificato dal d.lgs. n. 106/2009*, Fano, 2011, p. 15 ss.

⁹ Sugli artt. 30 e 300 del d.lgs. n. 81/2008 cfr. G. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro. Artt. 30 e 300*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (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*, Milano, 2010, p. 579 ss.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, in <http://olympus.uniurb.it>.

inquadra tale affermazione alla luce della correzione della definizione di “datore di lavoro” del d.lgs. n. 626/1994 risultante dal d.lgs. n. 242/1996¹¹ (ma, in fondo, anche di quella lievemente modificata contenuta nel d.lgs. n. 81/2008¹²), essa, per come è formulata, potrebbe indurre a ritenere che il principio di *effettività* – su cui è costruito tutto il diritto della sicurezza sul lavoro e su cui si fonda proprio la definizione sostanziale del “datore di lavoro per la sicurezza” – sia invece estraneo al diritto del lavoro generale. Vero è, invece, che il principio di *effettività* è tutt’altro che sconosciuto al diritto del lavoro generale, il quale, forse proprio perché privo di una vera e propria definizione del creditore della prestazione lavorativa (che il codice civile del 1942 identifica genericamente con l’imprenditore)¹³, vi ha fatto ricorso ogni qual volta la visione formalistica fondata sulla titolarità del rapporto di lavoro rischiasse di pregiudicare la tutela dei lavoratori: si pensi al principio a lungo canonizzato dalla l. n. 1369/1960 sull’interposizione in merito alla riconducibilità del rapporto di lavoro in capo a chi ne avesse effettivamente tratto profitto, poi transitato anche nell’apparato sanzionatorio del lavoro temporaneo e della somministrazione; o si pensi, più in generale, al recente dibattito sulla codatorialità negli appalti¹⁴.

Cosicché, a ben guardare, il principio di *effettività* non emerge soltanto nella seconda parte (quella “sostanziale”) della definizione di “datore di lavoro per la sicurezza”, che, oggi¹⁵, fa riferimento al “soggetto che, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la

¹¹ Su cui cfr., tra i tanti, G. FERRARO, *Il datore di lavoro e l’obbligazione di sicurezza: attribuzione di compiti e delegabilità di funzioni nel complessivo quadro dei nuovi adempimenti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, 1997, p. 109 ss.; R. ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626 del 1994 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, ivi, p. 76 ss.; S. BONINI, *Soggetti penalmente responsabili all’interno dell’impresa e delega di funzioni alla luce dei d.lgs. n. 626 del 1994 e n. 242 del 1996 in materia di sicurezza del lavoro*, ivi, p. 265 ss.; F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Milano, 1996, p. 53 ss.

¹² Su cui cfr., tra gli altri, F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lg. n. 81/2008 e il d.lg. n. 106/2009*, Torino, 2009, p. 85 ss.; P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico: le definizioni*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 87 ss.; F. STOLFA, *Le definizioni*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 64 ss.; C. LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, *I Working Papers di Olympus*, n. 7/2012, in <http://olympus.uniurb.it>; D. VENTURI, *I datori di lavoro privati*, in M. TIRABOSCHI – L. FANTINI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Milano, 2009, p. 259 ss.; M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 63 ss.; F. BACCHINI, *Commento al “Testo Unico” sulla Sicurezza nei Luoghi di Lavoro*, Venezia, 2011, p. 24 s.

¹³ Sul tema v. recentemente M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 203 ss.

¹⁴ Cfr. per tutti V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 1 ss.

¹⁵ Ai sensi dell’art. 2, lett. b, del d.lgs. n. 81/2008.

responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa". Una particolare declinazione del principio di effettività è sotteso anche alla prima parte di quella definizione (quella "formale") che – oggi¹⁶ come ieri¹⁷ – richiama "il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore": titolare di tale rapporto, infatti, si può essere o in forza della formale stipulazione del contratto di lavoro quale controparte negoziale, ovvero in virtù della volontà imperativa della legge.

Ciò peraltro non smentisce, ma semmai conferma quell'ulteriore passaggio effettuato dal diritto della sicurezza sul lavoro che, spingendo all'estremo il principio di effettività, individua quella che si potrebbe chiamare la "datorialità prevenzionistica" anche dove non vi sia titolarità – formale o sostanziale – del rapporto di lavoro, ma un'adeguata *responsabilità organizzativa* dell'ambito in cui esso si svolge.

Cosicché, coniugando il primo corno della definizione di "datore di lavoro" con quella tendenzialmente universalistica¹⁸ di "lavoratore" che emerge ora nel d.lgs. n. 81/2008¹⁹, ben può dirsi che la "titolarità" del rapporto di lavoro evocata dal legislatore della sicurezza sul lavoro equivalga effettivamente alla posizione civilistica creditoria – comunque si sia formata (per contratto o per legge) – in cui si trova chiunque tragga un vantaggio *lato sensu* economico da una prestazione di lavoro altrui che sia stata effettuata nell'ambito della sua organizzazione e che sia deducibile in un rapporto di lavoro al di là della tipologia contrattuale utilizzata.

Ma, a ben guardare, c'è di più. Infatti, se per un verso quella "titolarità" del rapporto di lavoro a cui allude la definizione legislativa del datore di lavoro "prevenzionistico" travalica indubbiamente i tradizionali confini del lavoro subordinato, per altro verso oltrepassa lo stesso concetto di "lavoro" economicamente rilevante, spingendosi a ricomprendere tendenzialmente qualsiasi attività umana che si realizzi in un contesto *organizzativo* ed *organizzato* da altri anche se per finalità formative (tirocini formativi e di orientamento) o per scopi umanitari o filantropici (volontariato).

Sul terreno della sicurezza sul lavoro risulta quindi sensibilmente ampliato lo stesso concetto di "rapporto di lavoro" di cui il datore di lavoro ha la titolarità,

¹⁶ Ai sensi del d.lgs. n. 81/2008.

¹⁷ Ai sensi del d.lgs. n. 626/1994.

¹⁸ Sul principio di universalità della tutela della salute cfr. O. BONARDI, *Articolo 3, Campo di applicazione, Commento*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, in *La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, I, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, cit., p. 59 ss.

¹⁹ Su cui cfr. P. PASCUCCI, *Il campo di applicazione soggettivo delle nuove regole sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2008, p. 297 ss.

che va ben oltre i confini della relazione obbligatoria discendente da un contratto di lavoro, sia esso subordinato o autonomo.

4. Chi era datore di lavoro della ThyssenKrupp?

Il punto della sentenza su cui occorre soffermare l'attenzione riguarda l'individuazione del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse, quali le società di capitali.

Come è noto, su questo aspetto si discute da tempo, tendendosi peraltro ad escludere soluzioni meramente formalistiche che prescindano dal principio di effettività²⁰. Se quindi, da un lato, la configurazione quale datore di lavoro del rappresentante legale, o del presidente, o dell'amministratore delegato o dei membri del consiglio di amministrazione non può non presupporre la titolarità dei poteri decisionali e di spesa²¹, da un altro lato non si esclude la riconducibilità della posizione di garanzia²² datoriale anche in capo ai vertici della struttura operativa della società (es. direttore generale)²³.

La sentenza torinese, ancora sulla falsariga della sentenza "Galeazzi", si iscrive nel filone interpretativo secondo cui "nelle imprese gestite da società di capitali gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni ed igiene sul lavoro, posti

²⁰ Per una ricostruzione di tale dibattito v. F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, cit., p. 90 ss.; S. BERTOCCO, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, II, 2ª ed., Torino, 2007, p. 982 ss.

²¹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 9 marzo 2005, n. 12370, in *Cassazione penale*, 2006, 6, p. 2261, secondo la quale "nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari di poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda e quindi con i vertici dell'azienda stessa, quali il presidente del consiglio d'amministrazione, l'amministratore delegato o un componente del consiglio d'amministrazione al quale siano state attribuite le relative funzioni o nel preposto ad un determinato stabilimento. Su tale pronuncia v. P. SOPRANI, *Il datore di lavoro delegato: nozioni e limiti*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2005, n. 8, p. 438.

²² Le posizioni di garanzia incombono in capo ai vari soggetti dell'organizzazione aziendale (cfr. D. PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1985, IV, p. 5) e consistono nel carico obbligatorio che grava solo sui soggetti idonei a neutralizzare i fattori offensivi generati dallo svolgimento di attività lato sensu "produttive" in quanto capaci di prevenire e controllare le fonti di pericolo grazie alla loro riconosciuta posizione di supremazia nell'organigramma aziendale (così A. GULLO, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1516 ss.).

²³ V. in particolare G. FERRARO, *Il datore di lavoro*, cit. p. 112, secondo il quale "le deliberazioni societarie possono conferire il potere datoriale anche ai vertici della struttura operativa, quali il direttore generale o figure affini, ridimensionandosi così le responsabilità del presidente o dell'amministratore delegato, tecnicamente meno idonei per un impegno continuo e dinamico, ma a condizione che siano in grado di esercitare effettivi poteri direzionali e di spesa". In senso conforme P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, pp. 50-51, nonché S. BERTOCCO, *La tutela della salute*, cit., p. 983.

dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione”²⁴, precisandosi peraltro che, “anche di fronte alla presenza di una eventuale delega di gestione conferita ad uno o più amministratori, specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, tale situazione può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori membri del consiglio, ma non escluderla interamente, *poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo in caso di mancato esercizio della delega*”²⁵.

È indubbio che questa configurazione di un obbligo di vigilanza in capo ai membri del consiglio di amministrazione rappresenta un “freno alla fuga dalle responsabilità”, così come è stato efficacemente sottolineato a proposito del pur diverso caso della delega di funzioni di cui all’art. 16 del d.lgs. n. 81/2008²⁶.

Come è noto, nel caso di specie la qualifica di datore di lavoro è stata individuata dalla Corte d’assise in capo a tre persone, tutte facenti parte del consiglio di amministrazione: 1) il primo con funzioni di amministratore delegato con *delega* “in materia di produzione, materie tecniche, personale, pubbliche relazioni”, al quale, “quale responsabile della produzione”, competevano “conseguentemente tutte le responsabilità in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di tutela degli ambienti interni ed esterni degli stabilimenti di Terni e di Torino”²⁷ ed in genere l’osservanza di tutte le normative relative all’attività lavorativa, con piena

²⁴ Così producendosi quell’“effetto diffusivo” del debito di sicurezza a cui fa riferimento M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, 2006, p. 57. Come osserva A. GIULIANI, *Misure generali di tutela, obblighi del datore di lavoro e valutazione dei rischi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, p. 92, la configurazione dell’indistinta responsabilità in capo a tutti i membri del consiglio di amministrazione appare tuttavia incoerente con il principio di effettività, essendo preferibile il ricorso alle “normative interne” alla società “idonee ad attribuire le competenze in materia”.

²⁵ Corsivo dell’autore. In tal senso, oltre a Cass. n. 4981/2004, cit., v. Cass. pen, sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, in *Rivista penale*, 2003, p. 203; Cass. pen., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6280, in <http://olympus.uniurb.it>; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991, ivi, secondo la quale, nelle strutture aziendali complesse, la delega “esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti se sono il frutto di occasionali disfunzioni; quando invece sono determinate da difetti strutturali aziendali e del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali e quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del delegante permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo”. V. inoltre Cass. pen., n. 12370/2005, cit., ad avviso della quale “nell’eventualità di una ripartizione di funzioni e di compiti nell’ambito del consiglio d’amministrazione ai sensi dell’art. 2381 c.c., dei fatti illeciti compiuti dall’amministratore delegato o dal preposto ad un determinato stabilimento, risponde solo quest’ultimo, salvo che gli altri amministratori abbiano dolosamente omesso di vigilare o, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli per la società o dell’inidoneità del delegato, non siano intervenuti”.

²⁶ Così L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, cit., p. 13.

²⁷ Come emerge dalla sentenza, lo stabilimento di Torino non costituiva un’autonoma unità produttiva ai sensi del d.lgs. n. 626/1994.

autonomia gestionale e di spesa, in conformità con le procedure amministrative interne e con attribuzione di ogni correlativo potere di rappresentanza, da esercitarsi a firma singola”; 2) il secondo quale consigliere delegato con *delega* in materia di “amministrazione, finanze, sistemi informativi, controllo di gestione ed approvvigionamento”; 3) il terzo quale consigliere delegato con *delega* in materia di marketing e vendite. Questi tre soggetti – si legge ancora nella sentenza – erano stati inoltre *delegati* dal consiglio di amministrazione a: “curare l’espletamento della vigilanza, della verifica e dei controlli previsti dalle norme sia generali che particolari e la predisposizione di tutte le cautele, misure e provvedimenti eventualmente richiesti da emanande disposizioni di legge o regolamentari, in ordine alla prevenzione degli infortuni, all’igiene ambientale, alla tutela dell’ambiente esterno, con poteri di disposizione organizzativa ed in autonomia, con facoltà di delegare a terzi i predetti poteri anche in via continuativa”. E tutto ciò con la specificazione della “firma singola” per ognuno dei tre soggetti, i quali facevano parte, come emerge nella sentenza, di un comitato esecutivo (*board*).

Di qui la constatazione della Corte secondo cui in capo a questi tre soggetti, già inquadabili originariamente come “datori di lavoro” nella loro qualità di membri del consiglio di amministrazione, in forza delle citate ed effettive *deleghe* continuavano ad esservi, in pieno, tutte le funzioni e gli obblighi tipici del datore di lavoro, mentre, sempre in forza delle predette *deleghe*, *in capo agli altri consiglieri residuavano i soli “doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo in caso di mancato esercizio della delega”*²⁸.

5. Il datore di lavoro nelle società di capitali tra diritto della sicurezza sul lavoro e codice civile

Come è noto, la legge italiana (il d.lgs. n. 626/1994 prima e ora il d.lgs. n. 81/2008), a differenza dell’ipotesi delle pubbliche amministrazioni, non contiene specifiche indicazioni sulla figura datoriale nelle società di capitali. Cosicché occorre far riferimento alla definizione generale di datore di lavoro per la sicurezza nel settore privato, non potendosi peraltro trascurare le previsioni legislative che riguardano tali società, nonché, caso per caso, le disposizioni statutarie e le deliberazioni della singola società.

Si deve infatti ricordare che, ancorché con alcune variazioni tra la sua precedente e la sua attuale versione (il d.lgs. n. 626/1994 richiamava “il tipo e l’organizzazione dell’impresa”, mentre il d.lgs. n. 81/2008 menziona “il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria

²⁸ Corsivo dell’autore.

attività”), la definizione legislativa di datore di lavoro conferisce un esplicito e significativo rilievo alle *peculiarità organizzative dell'impresa* ai fini dell'individuazione della figura datoriale.

Al di là della questione, su cui peraltro spetta ad altri soffermarsi, circa la rilevanza nel diritto penale (ambito nel quale è calata la disciplina della sicurezza sul lavoro) di previsioni formatesi in ambito extrapenale, le norme legislative che sembrano venire qui in gioco sono gli artt. 2380-*bis*, 2381 e 2392 c.c., come scaturiti dalla riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003.

La prima di tali norma affida la gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (comma 1). L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci (comma 2) e ove l'amministrazione sia affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione (comma 3). Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea (comma 4). Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea (comma 5).

L'art. 2381 stabilisce che “se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può *delegare proprie attribuzioni* ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti” (comma 2). “Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione” (comma 3)²⁹.

L'art. 2392 c.c., dopo aver previsto che gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze e che essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di

²⁹ L'art. 2381 c.c. prevede inoltre che, ferma restando l'indelegabilità di una serie di attribuzioni indicate negli articoli 2420-*ter*, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-*ter* e 2506-*bis* (comma 4), “gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (comma 5). Dal canto loro, gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato e ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società (comma 6).

tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori (comma 1), stabilisce che in ogni caso gli stessi amministratori, fermo quanto disposto dal comma 3 dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (comma 2). Peraltro, la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (comma 3)³⁰.

6. *La delega ex art. 2381 c.c. nel diritto della sicurezza sul lavoro*

Sebbene i limiti e le finalità del presente intervento non consentano di diffondersi (come pure si dovrebbe) sulle norme codicistiche appena menzionate, il richiamo alla delega di cui all'art. 2381 c.c. ai fini della definizione della posizione di garanzia datoriale nelle società di capitali³¹ impone di svolgere alcune riflessioni.

Occorre infatti verificare, innanzitutto sul piano teorico, se il *trasferimento* di poteri e di doveri a cui detta delega è finalizzata nella disciplina codicistica possa riguardare (come afferma la giurisprudenza) anche i poteri ed i doveri datoriali connessi alla sicurezza sul lavoro, i quali costituiscono oggetto di una specifica disciplina legislativa.

È ben noto, infatti, come quest'ultima disciplina, tramite la delega di funzioni ed entro i limiti ad essa apposti, consenta soltanto una parziale devoluzione delle responsabilità datoriali, lasciando permanere in capo al datore delegante, oltre ad un obbligo di vigilanza sul delegato, non solo le funzioni non delegate, ma anche e soprattutto quelle indelegabili (valutazione dei rischi e designazione del RSPP)

³⁰ Il testo dell'art. 2392 c.c. antecedente alla riforma del 2003 (d.lgs. n. 6/2003) era il seguente: 1. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori. 2. In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. 3. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

Sul tema cfr. per tutti F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992; ID., *Gli amministratori di S.P.A.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.

³¹ Sul punto cfr. anche S. BERTOCCO, *La tutela della salute*, cit., p. 984.

³². Detto altrimenti, la legge non permette al datore di lavoro di cessare definitivamente di esser tale.

A ciò si deve aggiungere che, nella stessa disciplina legislativa, la figura del datore di lavoro per la sicurezza emerge sulla base di alcuni criteri di riconoscimento fondati, come già rilevato, sul principio di effettività così come esso si concretizza in relazione alla specifica organizzazione aziendale.

Da ciò deriva che quella del datore di lavoro per la sicurezza è una *figura necessaria* la cui specifica posizione di garanzia emerge a *titolo originario*. Cosicché c'è da chiedersi se, quando l'emersione della figura datoriale per la sicurezza richiede l'adozione di un atto organizzativo finalizzato a dare un volto ed un corpo al principio di effettività sotteso alla definizione legislativa di tale figura (come accade, ad esempio, nelle pubbliche amministrazioni o nel caso di un'impresa con più unità produttive), tale atto organizzativo sia inquadrabile come un *atto traslativo di poteri e doveri* propri di un soggetto ad un altro soggetto, o piuttosto come un *atto organizzativo* – un atto di investitura, o di individuazione, o di nomina, o di incarico, o di attribuzione di funzioni – il quale *attualizza* la figura datoriale prevenzionistica a titolo originario.

6.1. Un confronto con l'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni

Per la verità, il richiamo incidentale, nell'economia del discorso che si sta facendo, al fenomeno dell'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni ³³ impone alcune puntualizzazioni, potendosi anche dubitare che tale fenomeno sia correttamente comparabile con quello relativo al conferimento della delega *ex art. 2381 c.c.* in una società di capitali. E, in effetti, tra le due situazioni emergono alcune innegabili differenze ³⁴.

La prima riguarda il fatto che, mentre nelle società private il conferimento della delega *ex art. 2381 c.c.* si configura come una mera facoltà, di cui peraltro il legislatore della sicurezza sul lavoro non fa menzione, nelle pubbliche amministrazioni la legge considera esplicitamente l'individuazione del datore di

³² V. ora gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 81/2008 e, in precedenza, l'art. 1, comma 4-ter, del d.lgs. n. 626/1994.

³³ Per una ricostruzione di tale problematica alla luce della disciplina del d.lgs. n. 81/2008 cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, p. 553 ss., qui p. 571 ss., nonché A. RICCARDI, *Legislazione prevenzionale e polimorfismo della figura datoriale nelle pubbliche amministrazioni*, ivi, 2010, p. 345 ss.

³⁴ V. sul punto P. PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, *I Working Papers di Olympus*, n. 1/2011, in <http://olympus.uniurb.it>, p. 14 ss.

lavoro pubblico come un obbligo dell'organo di vertice³⁵. Tale obbligatorietà è dovuta al fatto che, nelle pubbliche amministrazioni, in omaggio ai principi che reggono l'azione amministrativa, il riconoscimento delle posizioni di responsabilità presuppone una necessaria investitura formale e trasparente. Il che vale anche a proposito dell'esplicita previsione della riconduzione in capo all'organo di vertice delle responsabilità datoriali ove egli non adempia in tutto o in parte al proprio dovere di individuazione (art. 2, lett. *b*, ultima parte, del d.lgs. n. 81/2008): previsione che costituisce una misura di salvaguardia del sistema, con funzione sanzionatoria, esplicitamente e specificamente prevista dalla legge che, in considerazione delle peculiarità del settore pubblico, tende qui a delineare l'ambito di operatività del principio di effettività.

La seconda differenza è che l'organo di vertice di una pubblica amministrazione non è datore di lavoro in senso giuslavoristico, come invece accade – almeno secondo quanto afferma la giurisprudenza – nel caso del consiglio di amministrazione di una società di capitali³⁶. Tanto che si potrebbe forse ipotizzare che il legislatore abbia apprestato la speciale disciplina dell'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni non potendo far leva sul criterio della “titolarità del rapporto di lavoro” (che vale nel settore privato) la quale non spetta all'organo di vertice (per lo più politico) dell'amministrazione. In ogni caso, sebbene anche nelle pubbliche amministrazioni esista un datore di lavoro giuslavoristico (il dirigente che ben può essere considerato controparte contrattuale dei lavoratori)³⁷, il datore di lavoro per la sicurezza è individuato da un soggetto (l'organo di vertice) che non è titolare del rapporto di lavoro e, quindi, non dotato di quei poteri organizzativi che invece fanno capo innegabilmente al consiglio di amministrazione di una società.

Peraltro, nonostante che l'organo di vertice della pubblica amministrazione non sia il titolare dei rapporti di lavoro, la posizione di garanzia datoriale si configurerà in capo ad esso ove, come previsto espressamente dalla legge, l'individuazione sia stata omessa o non sia stata conforme ai criteri prescritti.

Forse, però, proprio questa espressa previsione sulle ipotesi di responsabilità datoriale dell'organo di vertice – che, in ragione della natura penale di tale

³⁵ Ciò è stato contemplato esplicitamente dal legislatore fin dalla modifica del d.lgs. n. 626/1994 da parte del d.lgs. n. 242/1996 e risulta oggi ancor più minuziosamente regolato nell'art. 2, lett. *b*, seconda parte, del d.lgs. n. 81/2008. Sulla obbligatorietà dell'individuazione v. anche F. STOLFA, *Le definizioni*, cit., p. 72; F. BACCHINI, *Datori di lavoro, dirigenti e preposti nella P.A. La ripartizione intersoggettiva dell'obbligo di sicurezza e salute sul lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e rapporto di lavoro privatizzato*, in www.hyperedizioni.com/on-line/Home/articolo1995.html (2008).

³⁶ Così Cass. n. 4981/2004, cit.

³⁷ Sul punto cfr. ampiamente E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Torino, 2007, *passim*.

responsabilità, debbono ritenersi tassative e di stretta interpretazione – lascia aperto un interrogativo (a cui non può tuttavia darsi risposta in questa sede) circa la sussistenza di un obbligo dell'organo di vertice di vigilare sull'operato del dirigente individuato come datore di lavoro e di intervenire in caso di sua inerzia e, comunque, circa la natura di tale presunto obbligo: vale a dire se possa anch'esso ascrivere alla posizione di garanzia datoriale.

6.2. *Il datore di lavoro per la sicurezza nel settore privato e l'"ottimizzazione" della posizione di garanzia datoriale*

Al di là della utilità o meno del confronto con la disciplina dell'individuazione del datore di lavoro pubblico, la questione della delega *ex art. 2381 c.c.* nelle società di capitali va affrontata e risolta entro i suoi naturali confini regolativi, che sono appunto quelli del settore privato.

In tale settore, la legge stabilisce che la figura datoriale emerge senza bisogno di alcuna formale individuazione, essendo collegata o al criterio della "titolarità dei rapporti di lavoro", oppure a quello della "responsabilità dell'organizzazione confermata dall'esercizio dei poteri decisionali e di spesa": criteri che possono essere sempre riscontrabili anche in mancanza di formali atti di individuazione. Si tratta di due criteri che possono rinvenirsi entrambi nella stessa persona (si pensi alle numerosissime strutture aziendali di minori dimensioni nelle quali il "titolare del rapporto di lavoro", che è poi il datore di lavoro giuslavoristico, coincide anche con il "responsabile dell'organizzazione"), o che possono anche essere disgiunti come nel caso di una struttura articolata in più unità produttive a capo di ognuna delle quali è posto un dirigente³⁸, il quale è certamente il "responsabile dell'organizzazione dotato dei prescritti poteri", ma non è tuttavia il titolare del rapporto di lavoro (che è invece il capo dell'impresa).

Nelle società di capitali in cui sia presente un consiglio di amministrazione, anche se con alcune peculiarità, la situazione non appare dissimile dalle organizzazioni che non hanno struttura societaria. Può esserci una società che gestisce una struttura aziendale semplice (non articolata in unità produttive) ed ha un consiglio di amministrazione che accentra su di sé tutti i poteri decisionali ed economici: in tal caso il criterio della "titolarità del rapporto di lavoro" e quello della "responsabilità dell'organizzazione corredata dei prescritti poteri" tenderanno a coincidere indistintamente in capo ai membri del consiglio di amministrazione. E può esserci una società dotata di consiglio di amministrazione, la quale gestisce

³⁸ Cfr. G. DE FALCO, *I soggetti coinvolti nell'attuazione della normativa di sicurezza nell'ambito aziendale*, in AA.VV., *Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Quaderni di argomenti di diritto del lavoro*, 2003, p. 28.

una struttura articolata in più unità produttive a capo delle quali sono posti dirigenti “plenipotenziari”: in tale ipotesi saranno questi ultimi ad essere inquadrabili quali “responsabili con i prescritti poteri”³⁹.

Pertanto, sia l’impresa non societaria sia quella societaria dotata di consiglio di amministrazione sono entrambe assoggettate agli stessi criteri di individuazione del datore di lavoro per la sicurezza. Tuttavia, mentre nel caso dell’impresa non societaria la posizione di garanzia datoriale sarà tendenzialmente riconducibile a singole persone (una per tutta l’azienda o comunque una per ogni unità produttiva), nelle imprese societarie dotate di consiglio di amministrazione la *pluralità degli amministratori* non potrà non riflettersi anche sulla individuazione del datore di lavoro per la sicurezza con la conseguenza che la posizione di garanzia datoriale sarà condivisa da più persone (i membri del consiglio di amministrazione) in relazione alla medesima unità organizzativa.

In ogni caso, indipendentemente dal fatto che si manifesti in capo ad una o più persone, la posizione di garanzia datoriale esiste sempre *ab origine*, non essendo costituzionalmente ammissibile che la tutela dei diritti fondamentali a cui è finalizzata possa essere pregiudicata da eventuali lacune o incertezze sul centro di imputazione delle responsabilità.

I criteri definitori apprestati dal legislatore servono appunto a far sì che si possa sempre identificare la titolarità della posizione di garanzia datoriale e, a ben guardare, almeno su questo terreno non esistono differenze tra il settore privato e quello pubblico: infatti, al di là delle sue particolarità, anche in quest’ultimo un datore di lavoro per la sicurezza c’è pur sempre *ab origine* emergendo non solo nel caso (fisiologico) in cui vi sia stata una corretta individuazione dell’organo di vertice, ma anche nell’ipotesi (patologica) in cui questa sia mancata⁴⁰.

In altre parole, la previsione dell’obbligatorietà dell’individuazione nel settore pubblico non è finalizzata tanto a scongiurare il pericolo dell’assenza del datore di lavoro (giacché un datore comunque emergerà), ma piuttosto a far sì, da un lato, che l’individuazione risponda ai requisiti formali e procedurali che sono normalmente necessari per l’emersione delle responsabilità nell’ambito dell’organizzazione amministrativa e, da un altro lato, che la posizione di garanzia si incardini formalmente in capo al soggetto che, in ragione delle proprie competenze e del ruolo svolto nell’organizzazione dell’ente, possa più

³⁹ Sulla questione della configurabilità dei dirigenti delle unità produttive di una società quali datori di lavoro per la sicurezza nell’ambito delle medesime unità cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 50-51; S. BERTOCCO, *La tutela della salute*, cit., p. 983; A. GIULIANI, *Misure generali di tutela*, cit., p. 92.

⁴⁰ Su quest’ultimo aspetto v. peraltro le opportune puntualizzazioni di G. NATULLO, *Continuità e innovazione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2009, p. 332 ss.

efficacemente adempiere le funzioni che vi sono connesse: cosa non facilmente realizzabile dall'organo di vertice, specialmente quando abbia natura politica.

Questa sorta di *ottimizzazione* della posizione datoriale, che è obbligatoria nel settore pubblico, può essere realizzata, peraltro liberamente, anche nel settore privato quando la particolare articolazione dell'azienda in più unità produttive richieda più centri di imputazione di poteri e responsabilità, o quando, come spesso avviene nelle società di capitali, a fronte di una pluralità di amministratori si ritenga opportuno concentrare i poteri in capo ad uno o più di essi ⁴¹.

Quindi la delega di cui all'art. 2381 c.c. si presterebbe per allocare nel modo ritenuto più efficace i vari poteri decisionali e di spesa, tra cui anche quelli relativi alla sicurezza sul lavoro e, dunque, *concentrando* tali poteri in capo ad uno o più dei membri del consiglio e dando così luogo ad una *modifica/razionalizzazione* dell'assetto decisionale della società.

Peraltro, è proprio il particolare modo in cui si atteggia il potere nelle società di capitali a far sì che chi di quel potere è almeno per una sua parte titolare non possa mai totalmente considerarsi esente da responsabilità. Certamente, come sottolinea ancora la Cassazione nella sentenza "Galeazzi", tale responsabilità non riguarderà gli aspetti minuti della gestione, ma avrà invece a che fare con un dovere di vigilanza sul *generale andamento della gestione*: "a tale generale andamento non" si riferisce, "ovviamente, l'adozione di una singola misura di prevenzione per la tutela della salute di uno o più lavoratori o il mancato intervento in un singolo settore produttivo ma la complessiva gestione aziendale della sicurezza". Del resto – asserisce ancora la Suprema Corte –, "in un sistema che si fonda su un assetto che esclude la delegabilità di determinate funzioni in tema di sicurezza, e che comunque prevede un residuo obbligo di controllo da parte di coloro cui

⁴¹ È evidente che, poiché alla posizione di garanzia datoriale è connessa una responsabilità penale – come tale necessariamente personale *ex art. 27, comma 1, Cost.* –, il datore di lavoro per la sicurezza non può non coincidere con una o più persone fisiche: persone fisiche da individuarsi nelle società di capitali appunto o nell'amministratore unico della società o, in caso di più amministratori, nelle persone degli stessi o nei membri del consiglio di amministrazione. Ove esista un consiglio di amministrazione, la riconducibilità della posizione di garanzia datoriale in capo a tutti i suoi componenti non comporta ovviamente che il datore di lavoro per la sicurezza divenga lo stesso consiglio: quand'anche un inadempimento in materia di sicurezza sul lavoro sia imputabile ad una decisione collegiale del consiglio, sarà pur sempre ognuno dei suoi membri a portarne la responsabilità penale connessa alla posizione di garanzia datoriale (fatto salvo il caso del membro che dimostri di aver effettivamente avvertito la decisione) e ferma restando peraltro, ove ne ricorrano i presupposti, la responsabilità della società ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. D'altronde, se è indubbio che l'art. 2381 c.c. consente al consiglio di amministrazione di delegare proprie *attribuzioni* (proprie cioè dello stesso consiglio quale organo collegiale) ad uno o più dei suoi membri, è altrettanto indubbio che la posizione di garanzia datoriale non rientra tra le attribuzioni proprie del consiglio di amministrazione inteso come organo collegiale, spettando invece ad ogni suo membro in forza del carattere "personale" della connessa responsabilità penale.

originariamente è attribuita la qualità di datore di lavoro, non è ipotizzabile che residui un'area di irresponsabilità in base ad accordi, formali o meno che siano, o addirittura dedurre dall'inerzia un trasferimento di funzioni con efficacia giuridica escludente la responsabilità pervenendo al risultato di esonerare taluno dalla responsabilità penale in base ad un atto di autonomia privata”⁴².

Dunque, secondo il citato orientamento giurisprudenziale, recepito dall'assise torinese, una volta conferita la delega ad uno o più membri del consiglio di amministrazione, in capo agli altri membri residua una *porzione di posizione di garanzia datoriale* limitata al dovere di controllo e di intervento sostitutivo: doveri e poteri che, come testualmente afferma la Cassazione, “non possono essere trasferiti”. Frase che però significa che gli altri doveri e poteri sono stati trasferiti! E resta allora da chiedersi se ciò sia compatibile con la disciplina legislativa della sicurezza sul lavoro che, configurando alcuni obblighi datoriali come indelegabili, parrebbe erigere un limite invalicabile alla trasferibilità dell'intera posizione di garanzia datoriale.

6.3. *Assetto di governo delle società di capitali e indelegabilità di alcune funzioni datoriali*

La complessità che contraddistingue l'assetto di governo delle società di capitali consiste essenzialmente nella presenza di un organo decisionale composto da più persone (consiglio di amministrazione) nel quale si riflettono gli equilibri di potere raggiunti nell'organo di base della società (l'assemblea dei soci).

Come insegna la Cassazione, l'organo collegiale di governo resta comunque responsabile del generale andamento della gestione della società anche quando abbia attribuito specifici poteri ad uno o più dei suoi membri, la cui attività, non a caso, resta sempre soggetta al controllo del consiglio come emerge dall'art. 2381 c.c.: se così non fosse, verrebbe meno lo stesso *ubi consistam* di tale organo.

Il peculiare ruolo del consiglio di amministrazione in merito all'imputazione dei poteri della società si riflette anche sul piano della sicurezza sul lavoro che, al di là delle peculiarità che presenta, al pari e anche più di altre questioni gestionali, costituisce un oggetto indefettibile dell'attività di governo della società.

⁴² La stessa sentenza “Galeazzi” precisa che “è in facoltà dell'imprenditore, o del datore di lavoro in senso civilistico, individuare la persona fisica che assume la qualità di datore di lavoro ai sensi del d.l.vo 626” il quale, naturalmente, “può rifiutare la nomina anche successivamente all'assunzione e all'esercizio delle funzioni alla qualità connesse. Ma se tale rifiuto non venga opposto non può il datore di lavoro (individuato ai sensi del d.l.vo 626) dismettere volontariamente la qualità assunta proprio per la non negoziabilità delle posizioni di garanzia. Ciò che è negoziabile è il conferimento delle funzioni ma, una volta accettate ed assunte tali funzioni, il designato non può per atto volontario escludersene”.

Come già più volte ricordato, la legge consente che solo alcune funzioni datoriali siano delegabili. Senonché, la delega di cui all'art. 2381 c.c. non può certamente essere inquadrata come una delega di alcune funzioni datoriali (oggi sulla falsariga dell'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008) giacché quest'ultima può essere conferita solo a chi non sia datore di lavoro⁴³ e, d'altra parte, non può avere ad oggetto gli obblighi datoriali indelegabili (art. 17 del d.lgs. n. 81/2008)⁴⁴.

Il legislatore ha configurato alcuni obblighi come *indelegabili* poiché giustamente considera che le decisioni fondamentali in materia di prevenzione sottese all'adempimento di detti obblighi siano *inscindibili* rispetto all'adozione delle scelte strategiche dell'impresa ed all'esercizio dei correlativi poteri decisionali e di spesa⁴⁵: che senso avrebbe una valutazione dei rischi effettuata da chi non possa effettivamente decidere di operare determinate scelte organizzative necessarie ad eliminare o a ridurre i rischi per i lavoratori? Non a caso, la Cassazione afferma che la delega di funzioni in materia di sicurezza non può avere ad oggetto le scelte strategiche che competono invece al datore di lavoro⁴⁶.

Ciò significa che i poteri decisionali e di spesa evocati nella definizione legislativa di "datore di lavoro" sono *poteri di incidere sull'organizzazione*, ove necessario anche modificandola, secondo il principio della cosiddetta "prevenzione primaria" su cui fa leva la direttiva quadro europea n. 89/391/CE⁴⁷. Poteri, dunque, che, una volta attribuiti, debbono poter essere esercitati dal loro titolare in piena autonomia, gravando su di lui le connesse responsabilità.

Alla luce di ciò è evidente che il consiglio di amministrazione ben possa decidere di concentrare in capo ad uno o più dei propri membri le attribuzioni connesse alla posizione di garanzia datoriale che originariamente gravano indistintamente su ognuno dei suoi componenti, compresi ovviamente anche i principali obblighi datoriali indelegabili.

⁴³ Obiettivo dell'istituto è, infatti, "ripartire le aree funzionali gravate del debito di sicurezza in modo diverso da quello legislativamente definito" (P. SOPRANI, *I nuovi requisiti della delega di funzioni*, in *Ambiente e sicurezza*, 2008, n. 10, p. 64), ma, appunto, il presupposto è che si tratti di aree funzionali distinte: C. LAZZARI, *Datore di lavoro*, cit., p. 12.

⁴⁴ Su queste norme del d.lgs. n. 81/2008 v., di recente, M.T. CARINCI e F. MARINELLI, *Commento agli artt. 16 e 17*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, cit., p. 156 ss.

⁴⁵ Cfr. anche E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 28-30*, in C. ZOLI (a cura di), *Principi comuni*, cit., p. 396.

⁴⁶ Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, e Cass. pen., sez. IV, 15 settembre 2010, n. 33661, entrambe in <http://olympus.uniurb.it>.

⁴⁷ Sul concetto di "prevenzione primaria" cfr. B. MAGGI, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L'orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 323 ss.; ID., *L'analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, n. 29, p. 13 ss.; P. PASCUCI, *La prevenzione primaria nel decreto legislativo 81/2008, tra ombre e luci*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), 2011, *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, in <http://amsacta.cib.unibo.it>, Bologna: TAO Digital Library, p. 32 ss.

Infatti, il principio dell'*indelegabilità di certe funzioni datoriali* (oggi consacrato nell'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008) non va inteso in senso assoluto, tale cioè da impedire la traslazione di dette funzioni a qualunque livello e tra qualunque soggetto. Quel principio è invece esplicitamente previsto dalla legge solo relativamente al rapporto intercorrente tra il datore di lavoro e gli altri soggetti del sistema aziendale di prevenzione che non siano appunto datori di lavoro (essenzialmente i dirigenti ed i preposti). Prevedendo alcuni obblighi datoriali come indelegabili, il legislatore mira a legare le responsabilità fondamentali al reale centro di potere, impedendo quella che potrebbe definirsi la "dissoluzione del datore di lavoro". Il valore da preservare è quindi l'*intima connessione tra il potere effettivo e le responsabilità*⁴⁸, essendo invece secondario il modo in cui tale connessione si manifesti.

Nel caso della delega conferita dal consiglio di amministrazione ad uno o più dei suoi membri, tale connessione tra potere e responsabilità non viene meno giacché la posizione di garanzia datoriale, pur venendo a concentrarsi in capo ad uno o più dei vari membri del consiglio di amministrazione, resta pur sempre incardinata in capo a soggetti depositari del governo della società, senza che ciò comporti alcuna dissoluzione di detta posizione che, come precisa la giurisprudenza, deve intendersi come *inderogabile* (sentenza "Galeazzi")⁴⁹: in forza della delega di cui all'art. 2381 c.c. – che è *delega di gestione*⁵⁰ o *organizzativa* e non di funzioni – tale posizione di garanzia risulta solo *diversamente ripartita* rispetto all'originaria situazione e peraltro da parte di soggetti che, quali membri dello stesso organo, sono tutti inquadrabili *ab origine* come datori di lavoro per la sicurezza.

È ovvio che il livello di concentrazione della posizione di garanzia datoriale in capo a chi sia stato scelto dal consiglio di amministrazione potrebbe essere più o meno intenso a seconda del contenuto della delega. Non va tuttavia trascurato che, se in qualsiasi organizzazione esiste una normale "diffusione" delle responsabilità prevenzionistiche tra datore di lavoro, dirigenti e preposti, nelle società di capitali con un consiglio di amministrazione esiste anche l'ulteriore naturale "diffusione" della datorialità prevenzionistica tra i vari consiglieri, cosicché l'eventualità che la delega sia circoscritta non impedirà di individuare gli esatti contorni della posizione di garanzia datoriale. Addirittura, nel caso torinese,

⁴⁸ In generale, sul collegamento fra potere esercitato e responsabilità prevenzionistiche a quello associate cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 249.

⁴⁹ A proposito dell'inderogabilità della posizione di garanzia datoriale, quale effetto dei limiti costituzionali alla libertà d'impresa, cfr. A. DE VITA, *La posizione di garanzia del datore di lavoro tra tipicità e antigiuridicità: l'efficacia scriminante della delega di funzioni*, in A. DE VITA, M. ESPOSITO (a cura di), *La sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili della responsabilità datoriale*, Napoli, 2009, p. 50 ss.

⁵⁰ F. STOLFA, *Le definizioni*, cit., p. 66.

vi era una diffusione tra le tre persone delegate della responsabilità datoriale concentrata in capo ad esse (su ciò v. *infra* § 7).

Detto altrimenti, il criterio su cui si fonda il secondo corno (quello sostanziale) della definizione legislativa di "datore di lavoro" (la responsabilità dell'organizzazione corroborata dall'esercizio dei poteri decisionali e di spesa) resta comunque individuabile ancorché incarnato in più soggetti.

Per altro verso, anche a fronte di una delega invece assai intensa (più frequente nella pratica, come accaduto anche nel caso torinese), una responsabilità degli altri consiglieri di amministrazione non verrà mai meno del tutto, non potendosi dimenticare l'insegnamento della Suprema Corte a proposito del permanente obbligo del consiglio di vigilare sull'andamento generale ed eventualmente di intervenire nei casi di inerzia del delegato.

6.4. *Delega ex art. 2381 c.c. e individuazione della preminente posizione di garanzia datoriale*

Ove riguardi la sicurezza sul lavoro e sia corredata dell'effettiva attribuzione di tutti i poteri decisionali e di spesa necessari per l'esercizio di tutte le funzioni datoriali, la delega di cui all'art. 2381 c.c. può essere considerata anche quale atto di alta organizzazione finalizzato all'individuazione della *preminente posizione di garanzia datoriale*, comprensiva di tutti gli obblighi datoriali inclusi quelli altrimenti indelegabili: preminente in quanto *prevalente e prioritaria* rispetto alla posizione degli altri membri del consiglio, ma appunto *non totalmente esclusiva*.

Poiché tale individuazione riguarda comunque un soggetto membro del consiglio, la posizione datoriale di garanzia, prima diffusa su più soggetti, *si concentra e si consolida* in capo ad esso, gravando quindi essenzialmente in capo a quest'ultimo gli obblighi datoriali previsti dalla legge. Parallelamente, l'originario ruolo di datori di lavoro degli altri membri del consiglio di amministrazione *si comprime riducendosi* ad alcuni aspetti connessi alle scelte strategiche per la società: come afferma ancora la Cassazione nella sentenza "Galeazzi", gli obblighi di vigilare sull'operato del datore di lavoro e di sostituirsi ad esso in caso di inerzia derivano dalla *inderogabilità* della posizione di garanzia dei membri del consiglio di amministrazione, al di là del fatto che siano anche civilisticamente previsti dall'art. 2392, comma 2, c.c. ancorché nella sua versione attenuata successiva alla riforma del diritto societario del 2003⁵¹.

Questa operazione di *concentrazione-circolazione* delle responsabilità all'interno del contesto in cui si esercita il governo della società pare ammissibile anche sotto

⁵¹ V. *supra* nota 30.

L'angolo visuale della fonte di individuazione dell'emersione della figura datoriale. Che senso avrebbero altrimenti le parole del legislatore quando evoca il "soggetto" che, "secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa" (d.lgs. n. 626/1994), o "secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività" (d.lgs. n. 81/2008), "ha la responsabilità" dell'impresa (oggi dell'"organizzazione") o dell'unità produttiva in quanto "titolare dei (oggi "esercita i") poteri decisionali e di spesa"?

Il principio di effettività sotteso alla disciplina legislativa della sicurezza sul lavoro non impedisce al vertice aziendale di effettuare una scelta organizzativa che, in coerenza con l'assetto organizzativo dell'impresa, individui il datore di lavoro per la sicurezza. Scelta che ovviamente sarà valida a condizione che comporti l'effettiva attribuzione dei poteri decisionali e di spesa. Si pensi al caso paradigmatico del dirigente responsabile di un'autonoma unità produttiva, il quale è sì datore di lavoro per la sicurezza nella stessa unità in quanto ne è responsabile ed esercita effettivamente i suddetti poteri, ma che, a ben guardare, li esercita in quanto l'organo di vertice aziendale glieli ha pur sempre attribuiti. In tale ipotesi è quindi evidente che la figura datoriale è individuata in modo certamente sostanziale, ma anche formale, in esito ad un processo di investitura⁵².

Del resto, una piena ed incondizionata esplicitazione del principio di effettività che prescindendo totalmente da dati formali emerge ora nella sua espressa previsione da parte dell'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008⁵³, il quale lo collega alle posizioni di garanzia non solo dei dirigenti e dei preposti, ma anche del datore di lavoro. Non è un caso che l'esercizio di fatto di poteri direttivi risulti oggi espressamente disciplinato in un'apposita norma (art. 299) che prima non esisteva, sebbene il suo attuale contenuto fosse immanente nel sistema. Una norma di chiusura che, in quanto tale, serve a regolare aspetti che sfuggono ai principi generali del sistema medesimo.

Il conferimento della delega organizzativa di cui si è parlato non fa dunque venir meno l'importanza del ruolo degli altri membri del consiglio di amministrazione, che svolge anche una *funzione di garanzia interna del sistema di prevenzione aziendale*: infatti, ancor prima che si attivino i meccanismi di controllo pubblico esterno, il sistema ha già al proprio interno, grazie *alla diffusione delle responsabilità* gravanti su

⁵² Vale la pena ricordare ancora una volta come la sentenza "Galeazzi" sottolinei come sia "in facoltà dell'imprenditore, o del datore di lavoro in senso civilistico, individuare la persona fisica che assume la qualità di datore di lavoro".

⁵³ L'osservazione circa la codificazione, ad opera di tale norma, del principio di effettività è generalizzata: *ex multis*, M. BARBERA, *Trasformazioni della figura*, cit., p. 231; F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, cit., p. 94; P. CAMPANELLA, *La riforma del sistema prevenzionistico*, cit., p. 88; L. GALANTINO, *Il Testo Unico novellato in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in EAD. (a cura di), *Il Testo unico*, cit., p. 20; G. NATULLO, *Soggetti e obblighi di prevenzione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro: tra continuità e innovazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 91/2009, p. 6.

tutti i principali soggetti depositari delle posizioni di garanzia, la possibilità di auto-verificarsi ed auto-emendarsi.

Pur contenendo un'evidente sottolineatura di tale ruolo in punto di principio, la sentenza sul caso ThyssenKrupp non pare presentare però alcuna traccia, neppure in via incidentale, di possibili responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione (quelli non delegati) in ordine all'adempimento dei loro doveri di controllo e di intervento sostitutivo. D'altra parte, occorre tenere conto che non ve ne era traccia nei capi di imputazione, né è dato sapere se il problema si sia concretamente posto nella fase precedente al dibattimento.

Eppure, per come si sono svolti i fatti e alla luce delle tragiche conseguenze emerse, sarebbe stato lecito attendersi un intervento del consiglio di amministrazione sui soggetti delegati ove, beninteso, fosse stato possibile (come peraltro parrebbe) ricondurre le "scelte" operate da questi ultimi, in ragione della loro strategicità, al "generale andamento della gestione" della sicurezza evocato dalla Cassazione. D'altro canto, le gravi omissioni dei delegati rispetto ai sistemi di prevenzione antincendio non concretizzavano forse un'inerzia che avrebbe giustificato un intervento sostitutivo? Per quanto consta, non pare che tale intervento ci sia stato; del resto, se mai ci fosse stato, si può supporre che avrebbe dovuto sortire qualche effetto positivo.

Più in generale e anche in chiave prospettica sarebbe peraltro sconsolante se l'ormai consolidata affermazione giurisprudenziale sulla residua porzione di posizione di garanzia in capo agli altri membri del consiglio di amministrazione si risolvesse soltanto in una petizione di principio, senza riverberare effetto alcuno in ordine all'accertamento delle connesse responsabilità. A tale proposito vale la pena richiamare ancora una volta la sentenza della Cassazione sul caso "Galeazzi": pur prendendo atto che – anche in tale vicenda – non risultavano indagini né era stata esercitata l'azione penale nei confronti degli altri membri del consiglio di amministrazione, la Suprema Corte non aveva tuttavia mancato di sottolineare, ancorché incidentalmente, la posizione di tali soggetti in forza della riconducibilità dei loro poteri-doveri di controllo nella originaria posizione di garanzia datoriale.

7. Uno o più datori di lavoro?

Dalle considerazioni che precedono emerge chiaramente che il legislatore ha a cuore l'*emersione* di una posizione chiara ed inequivocabile di responsabilità tale da garantire (non a caso si parla di "posizione di garanzia") nel modo più efficace la tutela dei beni in gioco. Se così è, oltre che ad attribuire e concentrare i poteri e le responsabilità in capo ad un membro del consiglio di amministrazione, l'atto di

individuazione pare, almeno in astratto, *qualificare organizzativamente* l'esercizio di quei poteri e doveri, allocandoli in modo da rendere più efficace rispettivamente il loro esercizio ed il loro adempimento in vista dell'obiettivo prefigurato dal legislatore.

Ciò induce a riportare attenzione sulla questione della *pluralità dei datori di lavoro*, emersa anche nel caso ThyssenKrupp.

Sebbene la definizione legislativa di “datore di lavoro” si riferisca letteralmente ad un solo soggetto quale titolare delle posizioni di garanzia connesse alla funzione datoriale, nelle società l'emersione di una dimensione *plurale* della posizione datoriale non è altro che il modo attraverso il quale l'ordinamento riesce ad individuare la necessaria ed indefettibile presenza del datore di lavoro in situazioni in cui l'assenza di esplicite scelte organizzative della società potrebbe offuscarne pericolosamente i contorni. Come conferma la giurisprudenza, ciò può avvenire tutte le volte in cui più soggetti, in posizione paritaria tra loro e senza che vi sia stata alcuna diversa manifestazione di volontà in ordine alla responsabilità datoriale (beninteso, confermata poi effettivamente dai fatti), ricoprano i ruoli di vertice in un'organizzazione economica collettiva: si pensi ai due soci amministratori di una società di persone⁵⁴ o ai membri del consiglio di amministrazione di una società di capitali.

Nel caso specifico di una società di capitali dotata di consiglio di amministrazione, la dimensione *plurale* della figura datoriale può atteggiarsi in modi differenti: *a)* se il consiglio di amministrazione non ha conferito alcuna delega, la suddetta dimensione plurale deriva dal fatto che tutti i membri del consiglio assumono *ab origine* ed *indistintamente* la qualifica datoriale in relazione a tutti gli obblighi prevenzionistici; *b)* se invece il consiglio di amministrazione delega uno dei suoi membri (amministratore delegato), la citata dimensione *plurale* si connette al fatto che la indubbia posizione datoriale dell'amministratore delegato non fa comunque venir meno alcune responsabilità datoriali in capo agli altri membri del consiglio di amministrazione (vigilanza e iniziativa sostitutiva): in questa ipotesi, quindi, è possibile distinguere una ripartizione di responsabilità.

Nel caso ThyssenKrupp, vi era un'ulteriore *pluralità*, vale a dire quella dei *datori di lavoro preminenti* (individuati dal consiglio di amministrazione) con riferimento alla stessa organizzazione: ipotesi da non confondere con quella della possibile pluralità di datori di lavoro in presenza di più unità produttive dell'impresa⁵⁵, che, caratterizzandosi quindi per la settorializzazione delle funzioni datoriali, può

⁵⁴ Cfr. F. STOLFA, *Le definizioni*, cit., p. 67.

⁵⁵ Come già segnalato (v. *supra* nota 27), lo stabilimento torinese non costituiva un'autonoma unità produttiva, ma doveva ritenersi integrato con quello di Terni.

opportunamente definirsi "pluridatorialità" o "multidatorialità"⁵⁶. Si trattava invece della pluralità di datori di lavoro rispetto ad una stessa entità organizzativa, piuttosto definibile come una preminente "datorialità" prevenzionistica a dimensione *plurisoggettiva e diffusa*: quasi una sorta di Idra di Lerna.

Sebbene l'art. 2381 c.c. formalmente consenta una delega a più membri del consiglio di amministrazione, ci si potrebbe chiedere se, ove tale delega riguardi la sicurezza sul lavoro, sia davvero opportuno diffondere ulteriormente tra più delegati una posizione di garanzia datoriale che è già naturalmente diffusa (ancorché con compiti diversi) tra il delegato e gli altri membri del consiglio di amministrazione. In altri termini, quando da una situazione per così dire "statica" (caratterizzata dalla mancanza di atti della società finalizzati a concentrare la preminente responsabilità datoriale in capo ad uno dei tanti potenziali responsabili) si passa ad una opposta situazione "dinamica" (in cui, mediante la delega *ex* art. 2381 c.c., si individua la preminente posizione di garanzia), ha veramente senso dare anche a quest'ultima una dimensione plurisoggettiva?

Si potrebbe forse ipotizzare che un simile interrogativo trovi qualche indiretto sostegno nella stessa legge, là dove pone in capo al datore di lavoro⁵⁷ non pochi obblighi il cui corretto adempimento dipende in gran parte dalla tempestività con cui esso è realizzato: tempestività che potrebbe essere pregiudicata dall'inevitabile allungamento dei tempi connesso all'assunzione di decisioni collegiali. Non ci si deve tuttavia nascondere che se la presenza di più soggetti compartecipi della responsabilità potrebbe talora ostacolare l'assunzione di una tempestiva decisione, talaltra potrebbe invece rappresentare un elemento in grado di consentire di adottare una decisione migliore. D'altro canto, poi, come del resto accadeva nel caso ThyssenKrupp in cui i tre membri del *board* potevano comunque assumere le decisioni anche "a firma singola", la condivisione delle responsabilità non impedisce di configurare strumenti più snelli con cui fronteggiare le varie situazioni.

Dal punto di vista dell'*imputazione delle responsabilità individuali*, la dimensione soggettiva *singolare* o *plurale* della posizione di garanzia datoriale costituisce in sé un dato neutro, poiché ciò che veramente conta è che tale posizione emerga con chiarezza: ove la società abbia deciso di individuare più datori di lavoro per la stessa organizzazione, le responsabilità datoriali non potranno certamente venir meno a causa delle eventuali difficoltà di svolgere adeguatamente le connesse funzioni.

⁵⁶ C. LAZZARI, *Datore di lavoro*, cit., p. 10 ss.

⁵⁷ Del tutto irrilevante pare il fatto che l'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, prevedendo gli obblighi del datore di lavoro e dei dirigenti, consideri la prima di tali figure al singolare: è infatti evidente che qui il riferimento riguarda la posizione di garanzia datoriale nella sua interezza a prescindere dalla *forma soggettiva* (una o più persone) che può rivestire.

Una dato peraltro è certo: la dimensione *plurale* della posizione di garanzia datoriale della società richiede un'adeguata *organizzazione* tra i vari soggetti coinvolti. Se allora si amplia l'orizzonte fino alle più recenti innovazioni legislative, non è difficile rendersi conto come quella *organizzazione interna alla posizione di garanzia datoriale* oggi si debba misurare con quanto prescritto dall'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 ai fini dell'idoneità del *modello di organizzazione e di gestione* idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al d.lgs. n. 231/2001, la quale ora emerge anche a fronte di alcuni reati connessi alla violazione delle regole sulla sicurezza sul lavoro⁵⁸. Poiché quel modello deve assicurare un *sistema aziendale* per l'adempimento di tutti i principali *obblighi giuridici datoriali* (cfr. l'art. 30, comma 1, lett. *a-b*, del d.lgs. n. 81/2008), appare quanto mai arduo ipotizzare che esso possa disinteressarsi delle regole organizzative che reggono l'azione dei soggetti coinvolti nella posizione di garanzia datoriale e mediante le quali essi assumono le decisioni relative al rispetto dei connessi obblighi.

Dal punto di vista dell'*imputazione delle responsabilità della società quale persona giuridica*, la questione della dimensione *plurale* della posizione di garanzia datoriale appare pertanto tutt'altro che neutra e, a ben guardare, evoca quella che, specialmente dopo l'avvento del d.lgs. n. 81/2008, rappresenta la principale sfida per la sicurezza sul lavoro: *l'organizzazione e la qualità del sistema di prevenzione*. D'altro canto, adottando – come pare inevitabile – la prospettiva *teleologica dei beni tutelati* (la salute e la sicurezza dei lavoratori), è possibile verificare come l'*effettiva tutela* di tali beni faccia leva non solo sul principio dell'*effettività delle responsabilità*, ma anche su quello dell'*effettività della prevenzione*.

Ne costituisce appunto una prova evidente l'impulso impresso dal legislatore più recente nei confronti della qualità (buone prassi ecc.) e soprattutto della organizzazione (modelli di organizzazione e di gestione) della prevenzione, non a caso divenuta il parametro per valutare la responsabilità della persona giuridica al di là delle responsabilità individuali⁵⁹.

8. Dirigente o RSPP?

L'economia del presente intervento non consente di trattare, come pure meriterebbero, altri passaggi della sentenza torinese relativi all'individuazione delle posizioni di garanzia. Ancorché incidentalmente, vale comunque la pena

⁵⁸ G. MARRA, *I modelli di organizzazione*, cit.

⁵⁹ Sui possibili riflessi dell'adozione dei modelli di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 sul piano delle responsabilità individuali cfr. P. TULLINI, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 413.

ricordare almeno quel passo in cui la Corte identifica la posizione di garanzia di dirigente in capo ad un soggetto che, sebbene fosse stato designato come RSPP, lungi dal limitarsi a svolgere il ruolo esclusivamente consultivo proprio di tale figura, esercitava di fatto compiti operativi dirigenziali considerando le funzioni tipiche del ruolo di RSPP un'appendice subordinata al ruolo operativo dirigenziale.

Qui, evidentemente, non viene in gioco la questione, da tempo all'attenzione della giurisprudenza, della responsabilità penale del RSPP che, svolgendo maldestramente il suo ruolo consulenziale, abbia recato un contributo causale ad un evento lesivo dell'integrità dei lavoratori ⁶⁰.

L'inecepibile conclusione dei giudici piemontesi mette invece decisamente a nudo uno degli aspetti più delicati della disciplina del sistema aziendale di prevenzione, e cioè la difficile se non impossibile coesistenza e conciliabilità in capo allo stesso soggetto delle funzioni consultive di *staff* del RSPP con quelle operative di *line* ⁶¹.

Il che non significa che, come accaduto nel caso di specie, ove se ne siano verificati i presupposti fattuali non si possano imputare responsabilità operative a chi avrebbe invece dovuto limitarsi a svolgere un ruolo meramente consultivo. Significa piuttosto prendere finalmente atto che persistere, come ancora troppo spesso accade, nel ricondurre sullo stesso soggetto compiti tra loro ontologicamente incompatibili (come sono quelli consultivi e quelli operativi)

⁶⁰ Come è noto, dal carattere consulenziale delle attività da loro svolte discende la perdurante mancanza di sanzioni penali speciali a carico del RSPP e degli addetti al servizio di prevenzione e protezione in caso di violazione dei loro compiti, non disponendo essi di poteri d'intervento per attuare le norme di prevenzione. Peraltro, come evidenzia la giurisprudenza seppur con diversi accenti, l'assenza di esplicite sanzioni (oggi negli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 81/2008) non significa che tali soggetti siano immuni da ogni responsabilità nel caso di infortuni o malattie professionali ove l'omesso assolvimento, o l'assolvimento inadeguato (per imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline) di un compito risulti causalmente rilevante nella produzione dell'evento lesivo, ovvero quando quest'ultimo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che il responsabile avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a porvi rimedio (cfr., di recente, Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 2814, in <http://olympus.uniurb.it>). Anzi, secondo un orientamento della Suprema Corte (ma v. anche P. SOPRANI, *La responsabilità penale del RSPP*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2007, p. 454), il d.lgs. n. 195/2003, con cui sono stati rivisti i requisiti professionali della figura del RSPP ora ribaditi dall'art. 32 del d.lgs. n. 81/2008, rappresenterebbe la fonte della costituzione, in capo allo stesso, di una vera e propria posizione di garanzia, da non confondere tuttavia con quella del soggetto espressamente delegato alla predisposizione delle misure di sicurezza ed alla vigilanza sulla loro attuazione (Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2009, n. 23929, in <http://olympus.uniurb.it>).

⁶¹ V. anche B. DEIDDA, *Responsabilità del RSPP dopo il decreto legislativo n. 195/2003*, in <http://olympus.uniurb.it>; R. GUARINIELLO, *Datore di lavoro e servizio di prevenzione e protezione dai rischi*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2001, n. 9; C. LAZZARI, *Il servizio di prevenzione e protezione dai rischi*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., pp. 434-435; A. ANTONUCCI, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in AA.VV., *Problemi della sicurezza*, cit., pp. 165-166.

finisce per nuocere gravemente all'efficacia del sistema di prevenzione aziendale. Ma di questo, come altrove segnalato ⁶², porta una non lieve responsabilità anche il legislatore del 2008 quando ha stolidamente trascurato di prevedere espressamente un divieto di delega di funzioni al RSPP.

9. Conclusione

È più che evidente che quanto qui esposto non può fornire contributi specifici all'analisi della questione nodale del caso ThyssenKrupp, vale a dire quella relativa all'elemento psicologico del reato. Forse, però, prestando maggiore attenzione a tutti i profili della responsabilità, compresi quelli relativi al ruolo del consiglio di amministrazione, sarebbe emerso ancor più nitidamente il gravissimo *deficit* organizzativo del complessivo sistema di prevenzione di quell'impresa.

Fermo restando ovviamente il dovere del giudice di accertare, caso per caso, la sussistenza di un reato attraverso la rigorosa indagine su tutti i suoi elementi costitutivi, resto tuttavia convinto che nel campo della sicurezza sul lavoro, specialmente con riferimento alle organizzazioni a struttura complessa, la vera forza deterrente della sanzione non debba far leva tanto sull'accentuazione di una prospettiva punitiva esclusivamente individualistica, quanto sulla piena corresponsabilizzazione del "sistema aziendale", sia mediante la diffusione dello spettro sanzionatorio a livello individuale, sia tramite le nuove tecniche di punizione della persona giuridica collegate alla cosiddetta "colpa di organizzazione": tecniche che, per inciso, il legislatore del 2007/2008 (forse anche forzando il modello originario del d.lgs. n. 231/2001) ha collegato peraltro a reati colposi e non dolosi ⁶³.

Sta di fatto che proprio l'organizzazione costituisce l'imprescindibile termine di riferimento della sicurezza sul lavoro: sia che la si riguardi come *organizzazione del lavoro* ⁶⁴, sia che la si consideri come *organizzazione del sistema di prevenzione in azienda* ⁶⁵, come emerge dalla disciplina legislativa più recente.

⁶² Cfr. P. PASCUCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009*, cit., p. 194.

⁶³ Per un'analisi dell'inserimento nel sistema del d.lgs. n. 231/2001 dei reati colposi (omicidio e lesioni personali) connessi alla sicurezza sul lavoro e della loro compatibilità con i criteri su cui si fonda la responsabilità in tale decreto (l'"interesse" ed il "vantaggio" per la persona giuridica) cfr. Trib. Trani, Sezione di Molfetta, 12 gennaio 2010, in <http://olympus.uniurb.it>. Sul tema cfr. di recente E. AMATI, *Articolo 30. Modelli di organizzazione e di gestione, Commento*, in G. INSOLERA (a cura di), *Norme penali e processuali*, cit., p. 45 ss.

⁶⁴ Sul punto v. la classica e sempre attualissima opera di L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3^a ed., Milano, 1989.

⁶⁵ P. PASCUCI, *Prevenzione e organizzazione nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Intervento alla Tavola rotonda su "Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro", in *Sociologia del diritto*, 2011, 3, p. 175 ss.

Come si è già rilevato ⁶⁶, nelle organizzazioni complesse anche la posizione di garanzia datoriale, in quanto incentrata sull'apporto di più soggetti, presenta una dimensione organizzata e ciò sarebbe dovuto valere anche nel caso ThyssenKrupp.

Non foss'altro – evidentemente solo qualora risultasse ingiustificata – la mancata considerazione del ruolo degli "altri" membri del consiglio di amministrazione potrebbe indurre a dubitare che, al di là delle severe pene irrogate, tutti coloro che condividevano la dimensione organizzata di tale posizione di garanzia siano stati chiamati a rispondere di quanto accaduto nella drammatica notte del 6 dicembre 2007.

⁶⁶ V. *supra* § 7.