Chiara Lazzari

Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro

Diritto del Lavoro
NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI, INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI

FrancoAngeli
Edizioni La passione per le conoscenze

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con Adobe Acrobat Reader

La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta cliccando qui le nostre F.A.Q.

Adobe Digital Editions

Diritto del Lavoro
NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI, INTEGRATI E TRANSNAZIONALI
FRANCOANGELI

Collana fondata da Giuseppe Pera

Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e Silvana Sciarra

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Maximilian Fuchs (Katolische Universität Eichstät-Ingolstadt) – Sir Bob Hepple, QC, FBA (University of Cambridge) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Mario Napoli (Università Cattolica del Sacro Cuore) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speziale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

Redazione: Maria Paola Aimo (Università di Torino) – Matteo Borzaga (Università di Trento) – Luisa Corazza (Università del Molise) – Orsola Razzolini (Università di Genova)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blinde"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non.
La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.
La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.
Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.
La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Chiara Lazzari

Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro

Diritto del Lavoro
NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI, INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

FRANCOANGELI

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo – Dipartimento di Giurisprudenza-DiGiur.

Copyright © 2015 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Al mio Maestro
e a Luciano, consigliere prezioso,
con gratitudine

Indice

Introduzione pag. 9

1. Il datore di lavoro per la sicurezza ed i suoi poteri: il quadro generale » 13

1. La figura del datore di lavoro nell'attuale contesto, fra indifferenza codicistica e nuovo protagonismo » 13
2. La definizione di datore di lavoro per la sicurezza. Note metodologiche » 15
3. (segue) Sull'art. 2, c. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008 » 18
4. Diffusione del debito di sicurezza e multidatorialità » 23
5. (segue) Pluralità di datori di lavoro per la sicurezza e principi civilistici » 26
6. Individuazione della posizione di garanzia datoriale nelle società di capitali e codatorialità? » 33
7. Imputazione plurisoggettiva degli obblighi prevenzionistici e (assenza di) codatorialità » 40
8. Il rilievo dell'organizzazione. La "relazione organizzativa" fra datore di lavoro e lavoratore nel d.lgs. n. 81/2008 » 44
9. (segue) Organizzazione e contratto di lavoro » 48
10. (segue) Organizzazione e contenuto dell'obbligo di sicurezza » 52
11. La prospettiva della funzionalizzazione dei poteri datoriali nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza. Il potere direttivo » 56
12. (segue) Potere direttivo, libertà d'iniziativa economica e funzionalizzazione » 60
13. (segue) Il potere disciplinare (e di controllo) » 63

2. Il datore di lavoro per la sicurezza ed i suoi poteri oltre la subordinazione pag. 71
1. La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori parasubordinati nel d.lgs. n. 81/2008 » 71
2. (segue) Ancora sui profili di continuità e discontinuità nella tutela del lavoro parasubordinato » 77
3. (segue) L'art. 2087 c.c. oltre la subordinazione? » 81
4. Questioni problematiche sull'art. 20, c. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008 » 83
5. (segue) Potestà pubblicistica *vs* potere privato » 86
6. (segue) Potere direttivo *vs* potere di coordinamento » 88
7. (segue) Potere di coordinamento *vs* obbligo di coordinamento » 91
8. Prerogative di direzione del lavoro e qualificazione della fattispecie » 95
9. La questione del fondamento del potere direttivo e del potere disciplinare » 104

3. Il datore di lavoro per la sicurezza ed i suoi poteri oltre il vincolo contrattuale » 111
1. L'art. 2, c. 1, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 81/2008 e l'articolazione dell'obbligo di sicurezza nella somministrazione di lavoro » 111
2. (segue) Ancora sulla ripartizione degli obblighi di sicurezza fra somministratore ed utilizzatore » 117
3. (segue) Somministratore, utilizzatore e (mancata) valutazione dei rischi » 120
4. Il ruolo del somministratore: *ratio* del suo coinvolgimento nella tutela della salute e sicurezza dei somministrati » 123
5. (segue) E conseguenze in termini di responsabilità » 126
6. (segue) Somministrazione di lavoro, obbligo di sicurezza e codatorialità? Cenni all'istituto del distacco » 130
7. Il ruolo dell'utilizzatore: fondamento dei suoi poteri e delle connesse responsabilità in materia di sicurezza » 136

Conclusioni » 141

Bibliografia » 145

Abbreviazioni » 171

Introduzione

Le pagine che seguono intendono fornire un contributo allo studio della figura del datore di lavoro[1], nei cui confronti ultimamente si assiste ad una rinnovata attenzione da parte della comunità scientifica[2].

Detta figura, tuttavia, sarà esaminata non in modo esaustivo, ma con specifico riguardo ad alcuni profili che appaiono di precipuo interesse stante l'angolo prospettico qui prescelto: ossia l'osservazione dell'obbligo datoriale di sicurezza, in quanto oggetto di non trascurabili novità legislative in tempi relativamente recenti. Non a caso, dunque, la riflessione sarà condotta alla luce del dibattito dottrinale sviluppatosi attorno alla normativa interna, giacché particolarmente significativo sul tema. La materia del «diritto della salute e della sicurezza sul lavoro»[3], in effetti, sta acquisendo sempre più rilievo[4]; tanto da essersi chiesti se le peculiarità dalla stessa manifestate – e che attengono in maniera rilevante tra l'altro proprio alla figura in questione, della quale è fornita una delle rare definizioni conosciute[5] – possano giustificarne una considerazione autonoma rispetto al diritto del lavoro *tout court*[6]. Né la risposta negativa data al quesito[7] incide in qualche modo sul discorso che si vuole condurre in questa sede.

[1] Esse costituiscono il compimento di alcuni percorsi di ricerca le cui acquisizioni sono state già in parte anticipate in *DLRI*, 2009, n. 124 e in *WPO*, 2012, nn. 7 e 16.

[2] Come dimostra il XVI° Congresso nazionale Aidlass (Catania, 21-23.5.2009), dedicato al tema «La figura del datore di lavoro - Articolazioni e trasformazioni».

[3] Così Lai, 2010.

[4] Lo conferma, come nota il suo A., anche l'inedita voce recentemente introdotta nell'*Enc. dir.*: Natullo, 2011, 1073 ss.

[5] Cfr. *infra*, cap. I, spec. § 3.

[6] Cfr. Pascucci, 2008b, 337.

[7] *Ibidem*.

In particolare, si intende verificare se, ed in che termini, la configurazione dell'obbligo di sicurezza, come delineata dalla disciplina attualmente vigente, si rifletta sulle categorie fondanti del diritto del lavoro, con specifico riferimento all'individuazione della figura datoriale ed ai poteri dalla stessa esercitati.

Segnatamente, a rappresentare un tratto saliente di detta disciplina, meritevole di speciale attenzione, è la valorizzazione, soprattutto ad opera dell'ultima legislazione in materia, del profilo dell'inserimento del lavoratore in un'organizzazione da altri gestita, in uno con quello del vincolo di responsabilità nei confronti dell'organizzazione medesima. Dal quadro normativo pare, invero, emergere, da un lato, la progressiva emancipazione della nozione di datore di lavoro rispetto alla titolarità formale del rapporto, stante il richiamo, nella definizione fornita dal d.lgs. n. 81/2008, ad una responsabilità fondata su nessi organizzativi, che si affianca – in un'ottica al tempo stesso concorrente e prevalente – a parametri di tipo giuridico[8]. Dall'altro lato, sembra delinearsi la possibile soggezione anche di collaboratori non subordinati alle prerogative di direzione del lavoro[9]. Ambedue gli aspetti risultano accomunati dal rilievo attribuito per l'appunto all'elemento dell'organizzazione, considerato dal legislatore nella trama dinamica delle interrelazioni che lo collegano ai due soggetti (passivo ed attivo) dell'obbligo di sicurezza[10]. Sì che il dato organizzativo/relazionale diviene, per l'ordinamento, a tal punto rilevante da assurgere al rango di principio regolatore, in quanto criterio di imputazione di obblighi e connesse responsabilità. In questa prospettiva, viene allora spontaneo chiedersi se tale, peculiare configurazione della materia non sia destinata a riflettersi in qualche misura anche sul piano della teoria generale del contratto di lavoro, con particolare riferimento al ruolo che in esso svolge l'elemento organizzativo[11].

La commistione fra il profilo negoziale, testé evocato, e quello dei principi costituzionali posti a garanzia della salute e sicurezza dei lavoratori consiglia di interrogarsi altresì sulle conseguenze dell'assetto indicato sul versante dei poteri datoriali, a partire dalla loro caratterizzazione allorquando gli stessi risultino coinvolti nell'adempimento dell'obbligo di cui trattasi[12]. A ciò si aggiunge la necessità di verificare la persistente idoneità della

[8] Cfr. *infra*, cap. I, § 3 ss.

[9] Cfr. *infra*, cap. II, § 4 ss.

[10] In altri termini, «l'*organizzazione* diviene elemento essenziale anche ai fini della individuazione dei soggetti passivi (lavoratori) ed attivi (datori di lavoro) dell'obbligo di sicurezza»: Natullo, 2012, 7, corsivo dell'A.

[11] Cfr. *infra*, cap. I, § 9.

[12] Cfr. *infra*, spec. cap. I, § 11 ss.

soggezione al potere direttivo a spiegare un'efficacia qualificante della fattispecie "lavoro subordinato", in ragione del fatto che l'(almeno apparente) assunzione di connotati trans-tipici da parte della medesima, cui si accennava poc'anzi, potrebbe indurre a metterne in dubbio la valenza scriminante[13].

Così come non ci si potrà esimere dal rinverdire il dibattito circa la matrice (esclusivamente contrattuale o meno) delle prerogative di direzione del lavoro (ma anche del potere disciplinare)[14]. Infatti, sarebbe indubbiamente più arduo riuscire ad individuarne il fondamento solo all'interno di ciascun regolamento negoziale, se le stesse si manifestassero in termini analoghi nei confronti di tutti i lavoratori inseriti nell'organizzazione di cui risulta responsabile il datore di lavoro prevenzionistico, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (come nell'ipotesi delle collaborazioni coordinate e continuative, non soltanto a progetto), o, addirittura, di un rapporto di lavoro *tout court* (come nel caso della somministrazione di lavoro). Si riproporrebbe, allora, pur se in chiave inedita, «l'antico dilemma fra contratto di lavoro ed organizzazione»[15].

In tale prospettiva, pertanto, la ricerca si orienterà a definire innanzitutto, nel primo capitolo, il quadro generale entro il quale si collocano le problematiche connesse all'atteggiarsi dei poteri datoriali, ed all'identificazione del loro titolare, allorché si parla di sicurezza del lavoro. Successivamente, si procederà ad affrontare i medesimi profili sia con riferimento alle fattispecie negoziali situabili oltre la subordinazione (*i. e.*: il lavoro parasubordinato, a progetto e non), cui sarà dedicato il secondo capitolo, sia relativamente a quelle che prescindono dall'esistenza di un vincolo contrattuale fra il principale debitore di sicurezza ed il prestatore di opere (*i. e.*: la somministrazione di lavoro), oggetto del terzo ed ultimo capitolo: proprio con riguardo ad esse, infatti, paiono porsi le questioni maggiormente rilevanti ai fini che qui interessano.

[13] Cfr. *infra*, cap. II, § 8.
[14] Cfr. *infra*, cap. II, § 9 e cap. III, § 7.
[15] Tullini, 2005, 1088.

1. Il datore di lavoro per la sicurezza ed i suoi poteri: il quadro generale

1. La figura del datore di lavoro nell'attuale contesto, fra indifferenza codicistica e nuovo protagonismo

Sebbene la figura del datore di lavoro risulti intuitivamente di essenziale rilievo – in quanto controparte contrattuale del lavoratore, senza la quale non può, quindi, giuridicamente darsi un rapporto di lavoro subordinato – occorre rimarcare la scarsa attenzione del diritto del lavoro nei suoi confronti, a partire dall'indifferenza manifestata dal codice civile, che, nell'art. 2094, si limita a riferirsi al prestatore di lavoro ed all'imprenditore, quest'ultimo individuato nei precedenti artt. 2082 e 2083.

Le ragioni di ciò sono state già ampiamente indagate e non è questa la sede per riproporre considerazioni del tutto condivisibili[1], se non per ricordare che le stesse attengono fondamentalmente alla caratterizzazione protettiva tipica della materia[2], nata dalla necessità di riequilibrare la disparità di forza negoziale fra i contraenti attraverso la predisposizione di un apparato di tutele – per lo più frutto dell'intervento eteronomo della legge e della contrattazione collettiva – il cui problema principale risulta essere l'individuazione del soggetto destinato a beneficiarne. La figura del datore di lavoro, dunque, è stata precisata sostanzialmente in negativo, a partire, cioè, dalle caratteristiche proprie della subordinazione[3], desumibili da un codice civile che, come testé rilevato, fornisce la nozione di contratto di lavoro solo attraverso quella di prestatore di lavoro subordinato[4] senza

[1] Cfr., recentemente, Barbera, 2010, 203 ss.

[2] Peraltro, sull'impossibilità di «ascrivere la normativa lavoristica ad una sola *ratio* coincidente con la tutela di un soggetto socialmente debole» cfr. di recente, anche per ulteriori riferimenti, De Stefano, 2011, 17 e *passim*.

[3] Barbera, 2010, 203.

[4] Per tutti, Mengoni, 1965, 679.

occuparsi della controparte datoriale. Del resto, almeno per la dottrina contrattualista, quest'ultima non appare in grado di influenzare l'unicità della fattispecie costitutiva del rapporto[5], dal momento che, nella logica del contratto, risulta irrilevante la natura di chi assume la qualità suddetta[6].

Lo stesso dicasi con riguardo alle ragioni del rinnovato protagonismo di tale figura nell'attuale contesto produttivo e normativo. Anche in questo caso non merita indugiare su concetti ormai acquisiti al dibattito scientifico ed essenzialmente attinenti ai processi di globalizzazione e di innovazione tecnologica. Questi ultimi, «accentuando l'esposizione del diritto all'economia, modellando le relazioni contrattuali sui tempi del mercato, disarticolando la struttura dell'impresa e ridefinendo lo spazio interno ed esterno entro cui si muovono gli attori del mercato del lavoro»[7], le hanno, infatti, restituito centralità[8], quasi che il diritto del lavoro stesse subendo una sorta di mutazione genetica[9]. Da strumento di governo del conflitto fra capitale e lavoro – in un'ottica di tutela della parte debole che individua nella subordinazione «*la giustificazione politica del discrimine fra lavori protetti e lavori in regime di mercato*»[10] – esso pare cioè convertirsi in tecnica di regolazione della competizione e della concorrenza fra imprese[11], attraverso la moltiplicazione di istituti giuridici messi a disposizione del datore di lavoro per perseguire i propri interessi economici in chiave di maggiore efficienza e competitività. Un datore di lavoro, tra l'altro, sempre più difficilmente identificabile a causa della frammentazione indotta dai concomitanti processi di decentramento produttivo, con conseguente «disarticolazione della (sua) figura economica e giuridica»[12].

Piuttosto, vale la pena soffermarsi su quella legislazione in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, che non solo sembra ribadire con forza la persistente attualità delle ragioni costitutive del diritto del lavoro (*i. e.*: la protezione della persona del lavoratore[13]), ma rappresenta l'esempio più importante di espressa definizione normativa di datore di lavoro[14].

[5] Napoli, 1995, 1061.

[6] Vale, però, rimarcare come invece, nell'economia del codice, sia la subordinazione nell'impresa ad assurgere a paradigma della disciplina ivi predisposta: Speziale, 2010, 3.

[7] Barbera, 2010, 204.

[8] Speziale, 2010, 4.

[9] Tuttavia, cfr. quanto si dirà *infra*, § 2.

[10] D'Antona, 1989, 44, corsivo dell'A.

[11] Cfr. Barbera, 2010, 208 ss.; Speziale, 2010, 4-5, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema.

[12] Tullini, 2005, 1088; su questi temi, *amplius*, Speziale, 2010, 5 ss.

[13] Mengoni, 2000, 188.

[14] Per le altre ipotesi, di minor rilievo, cfr. Speziale, 2010, 12 ss.

2. La definizione di datore di lavoro per la sicurezza. Note metodologiche

Com'è noto, è proprio del diritto comunitario fornire una serie, più o meno ampia, di definizioni finalizzate, in un'ottica di ausilio all'interprete, a specificare il significato degli istituti e dei termini maggiormente utilizzati nella normativa emanata, oltre che ad individuare, in primo luogo, i destinatari, attivi e passivi, della medesima. In questa prospettiva, si spiega quanto statuito all'art. 3, lett. *b*, della direttiva n. 89/391/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, ai sensi del quale, «ai fini della presente direttiva», per datore di lavoro si intende «qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento».

All'analisi di tale definizione ci si dedicherà nel prosieguo, essenzialmente in chiave di confronto con quanto previsto dalla legislazione italiana sul punto[15]. Al momento, preme, invece, effettuare alcune considerazioni metodologiche.

La prima di queste attiene alla tecnica utilizzata dal diritto comunitario ed importata (ed ormai consolidata anche) nell'ordinamento interno, stanti gli obblighi di adeguamento su quest'ultimo gravanti ed il processo di «comunitarizzazione»[16] che ne è derivato. In effetti, è proprio su impulso della direttiva del 1989 – e nonostante l'opinione contraria di chi riteneva superfluo, per non dire pericoloso sul piano applicativo, procedere ad una definizione della figura di datore di lavoro per la sicurezza[17] – che nel diritto del lavoro italiano si introduce espressamente la nozione in questione. Invero, al pari del codice civile, anche i d.p.r. degli anni '50 intervenuti in materia si preoccupavano di individuare solo chi dovesse intendersi per lavoratore subordinato[18].

Quella cui ricorre la normativa comunitaria, e, di riflesso, il legislatore nazionale, è una tecnica di tipo funzionale, che, in altri termini, si serve di «*canoni funzionalistici* di individuazione del datore di lavoro, *che si connota diversamente a seconda del contesto e dei fini che l'ordinamento intende realizzare*»[19]. Nel caso di specie, il criterio di imputazione degli

[15] Cfr. *infra*, § 8.

[16] In generale, D'Antona, 1996, 19 ss.; Corso, 1996, 139 ss.; con riferimento alla sicurezza sul lavoro, per tutti, Aparicio Tovar, 1996, 567 ss.; Caruso, 1997, 1 ss.; Arrigo, 2007, 5 ss. e, da ultimo, Ales, 2013 e Angelini, 2013.

[17] Basenghi, 1996, 65-66; *contra* Bonini, 1997, 270-271.

[18] Cfr. entrambi gli artt. 3 dei d.p.r. nn. 547/1955 e 303/1956.

[19] Barbera, 2010, 223-224, corsivo dell'A.

obblighi di sicurezza, come meglio si vedrà tra breve[20], non risulta solo quello formale-cartolare della titolarità del rapporto di lavoro. Si fa, infatti, leva anche su canoni di tipo relazionale[21] e sostanziale, che alludono, cioè, al rapporto – di fatto, ma nondimeno considerato giuridicamente rilevante – fra colui che ha organizzato il processo di lavoro ed i rischi ivi presenti; rischi conoscibili solo da chi di quell'organizzazione risulta responsabile ed eliminabili solo da chi disponga dei poteri decisionali e di spesa necessari a tale scopo.

La scelta è dettata dall'opzione di valore compiuta a monte dalla normativa prevenzionistica, rispetto alla cui *ratio* di tutela appare coerente il ricorso ad una definizione di datore di lavoro improntata ad un parametro che, sulla scorta di autorevole dottrina penalistica, può qualificarsi come «formale-funzionale»[22], «nel momento in cui cerca una sintesi tra il dato formale definitorio e quello sostanziale (funzionale) dell'effettiva attribuzione e sussistenza, nel soggetto, dei poteri e delle facoltà proprie della posizione formale»[23]. In altri termini, a giustificare la decisione legislativa è la necessità di apprestare un adeguato standard protettivo ad un bene di rilevanza costituzionale: quel diritto alla salute che l'art. 32 della Carta riconosce solennemente quale fondamentale diritto dell'individuo – quindi anche di colui che presta la propria attività lavorativa nei luoghi in cui la svolge – ed interesse della collettività, e che l'art. 41, c. 2, della stessa individua come limite[24] all'esercizio dell'iniziativa economica privata, laddove afferma che quest'ultima non può svolgersi in modo da recar danno, tra l'altro, alla sicurezza.

La tecnica in questione, quindi, non nasce in un'ottica di sistema, ma è tesa a definire, per l'appunto funzionalmente rispetto ai diversi fini di volta in volta perseguiti dall'ordinamento (nel caso specifico, garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori), chi assume la qualità di datore di lavoro nell'ambito della normativa considerata. Dunque, non solo la stessa volutamente non si pone in una prospettiva sistematica, ma, anzi, si potrebbe sostenere che un ricorso indiscriminato ad essa rischi addirittura di minare la coerenza interna all'ordinamento medesimo, cui non giove-

[20] Cfr. *infra*, § 3.

[21] Cfr. *supra*, *sub* Introduzione, nonché Barbera, 2010, 212.

[22] Pulitanò, 1985, 16, secondo cui «la coppia formale-funzionale sembra idonea a designare non tanto concezioni contrapposte, quanto due aspetti complementari di qualsiasi posizione di garanzia»; per un efficace riepilogo del dibattito, che ha interessato la dottrina penalistica, fra "teoria formale-civilistica" e "teoria funzionalistica" nell'individuazione delle qualifiche soggettive destinatarie dei precetti del diritto penale del lavoro cfr., di recente, Aronica, 2013, 620 ss.

[23] Natullo, 2014a, 17; cfr. pure Id., 2009, 5.

[24] Sulla natura di tale limite cfr. *infra*, § 12.

rebbe il proliferare di definizioni in qualche modo riconducibili alla medesima figura soggettiva. Rischio tutt'altro che remoto, se non fosse per la *ratio* di fondo che pare accomunare le ipotesi in cui sembra emergere la tendenza ad indirizzarsi verso i predetti canoni funzionalistici nell'individuazione del datore di lavoro[25]: ossia la chiara finalità di «proteggere la dimensione umana» del lavoro[26].

Ciò detto, resta, tuttavia, impregiudicato il problema relativo alla possibilità di studiare i riflessi in chiave sistematica di una tecnica normativa di imputazione di obblighi e responsabilità condizionata dalle finalità variamente perseguite dal legislatore. Nonostante quanto sopra osservato, sembra, tuttavia, che questa possibilità non possa dirsi del tutto esclusa. E ciò proprio in ragione dei principi generali che continuano ad informare l'ordinamento giuridico pur nella diversità degli strumenti di tutela utilizzati, nei quali pare comunque sopravvivere la tradizione giuslavoristica ispirata al riequilibrio di una situazione di disparità di potere, tanto da poter dire che, quantunque nell'innovazione, «il diritto del lavoro non rinnega se stesso»[27]. Non solo. L'affermazione per cui la nozione di datore di lavoro per la sicurezza, e, di conseguenza, le responsabilità a lui imputabili, dipende, in ultima analisi, dalle prerogative d'intervento sull'organizzazione pare iscriversi in una più generale tecnica «*di produzione/riconoscimento del datore di lavoro a partire da una disamina delle relazioni di potere*»[28], cui il diritto del lavoro – richiamandosi alla lettura foucaultiana del potere quale rapporto – spesso ricorre per cogliere, alla luce delle forme concrete di esercizio del medesimo, la figura datoriale, specie laddove essa si rivela quanto mai evanescente.

Sicché, se non è consentito, senza un adeguato filtro, trasferire in altri settori dell'ordinamento considerazioni svolte relativamente al tema di cui trattasi – non potendosi conferire in modo aprioristico alla legislazione in materia un valore che ecceda lo specifico ambito suo proprio – non sembra comunque scorretto, per quanto da condurre con la dovuta cautela, il tenta-

[25] Barbera, 2010, 223, ricorda, oltre alle disposizioni in materia di sicurezza, la legge sul lavoro interinale, prima, e sulla somministrazione, poi, le norme in tema di trasferimento d'azienda, appalto e distacco, la tutela antidiscriminatoria per i lavoratori atipici; sul ricorso al canone funzionalistico, con specifico riferimento all'interpretazione dell'art. 26 d.lgs. n. 81/2008, cfr., di recente, anche Borelli, 2014a, *passim.*

[26] Mengoni, 2000, 188, pur se in altro contesto.

[27] Barbera, 2010, 213, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

[28] Martelloni, 2010a, 443, corsivo dell'A., che ricorda, in proposito, le disposizioni in tema di pseudo-appalto e pseudo-distacco, la giurisprudenza in materia di gruppi di imprese, il regime sanzionatorio previsto nel caso di lavoro coordinato e continuativo privo di progetto.

tivo di ampliare lo spettro dell'indagine. In questa prospettiva, l'obiettivo è allora quello di prendere spunto da tale legislazione per sviluppare alcune riflessioni di tipo più generale, a partire dall'individuazione della stessa figura datoriale.

3. (segue) Sull'art. 2, c. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 81/2008

Secondo l'art. 2, c. 1, lett. *b*, primo periodo, d.lgs. n. 81/2008, il datore di lavoro (privato) è «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

La norma, dunque, fondamentalmente in linea di continuità rispetto al d.lgs. n. 626/1994, conferma una nozione ampia della figura datoriale, da intendersi sia in un'accezione formale che sostanziale[29]. Tuttavia, sembrerebbe proprio quest'ultimo profilo a prevalere, «portando così a compimento il definitivo ed irrevocabile divorzio tra la collaudata strumentazione civilistica e la materia prevenzionistica, nella quale si impongono canoni "altri"»[30]. Anche relativamente all'attuale formulazione, al pari di quanto già accadeva con l'art. 2 d.lgs. n. 626/1994, come modificato dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 242/1996, merita infatti sottolineare l'importanza dell'avverbio «comunque», che permette di fornire una risposta soddisfacente al problema di quale criterio considerare preminente nelle ipotesi – destinate a verificarsi nelle strutture più complesse[31] – di dissociazione tra datore di lavoro titolare formale del rapporto e datore di lavoro sostanziale, responsabile dell'organizzazione. Il legislatore pare appunto indicare il secondo corno dell'alternativa[32], in linea con il principio di effettività affermato in giuri-

[29] Pascucci, 2011d, 45; peraltro, poiché il requisito formale è testualmente collegato alla titolarità del rapporto, non già del contratto, secondo la stessa dottrina si confermerebbe un'apertura in senso sostanzialistico anche della prima parte della definizione di datore di lavoro, potendo detta titolarità acquisirsi «o in forza della formale stipulazione del contratto di lavoro quale controparte negoziale, ovvero in virtù della volontà imperativa della legge»: cfr., *amplius*, Id., 2012b, 5-6.

[30] Basenghi, 2009b, 88.

[31] Cfr. De Falco, 2003, 28.

[32] Cfr. Cass. pen. 3.2.2011 n. 4106 e Cass. pen. 26.4.2011 n. 16311, per entrambe testo disponibile al sito: http://olympus.uniurb.it (consultato il 25.7.2014), pur se ancora con riferimento al d.lgs. n. 626/1994, come modificato dal d.lgs. n. 242/1996, e già Basenghi, 1996, 69.

sprudenza nella materia *de qua*[33] e che, anzi, il d.lgs. n. 81/2008 provvede ora a codificare nell'art. 299[34]. Il dettato normativo vigente risponde perciò alle preoccupazioni, per vero già raccolte dal d.lgs. n. 626/1994 dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 242/1996, e, prima ancora, nelle aule giudiziarie[35], relative al «rischio di dare accesso a forme improprie d'imputazione di responsabilità in capo a chi datore di lavoro sia solo perché formalmente parte contrattuale, anche in assenza dell'attribuzione delle necessarie prerogative»[36].

In realtà, il ricorso a tale principio non costituisce un'assoluta novità per il diritto del lavoro. Tuttavia, la disciplina in materia di salute e sicurezza si presenta con connotati inediti anche a fronte delle fattispecie legislative ispirate all'applicazione del canone sostanzialistico citato. Per essa, infatti, l'individuazione del datore a prescindere dalla titolarità formale del rapporto di lavoro non assume carattere sanzionatorio, non essendo finalizzata a colpire situazioni patologiche di deviazione rispetto all'assetto di interessi considerati meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico (si pensi, invece, al caso della costituzione di detto rapporto in capo all'utilizzatore della prestazione, sperimentata già dalla l. n. 1369/1960 in ipotesi di interposizione illecita, e transitata nella sostanza nella regolamentazione del lavoro temporaneo tramite agenzia, prima, e della somministrazione, poi)[37]. Piuttosto, qui è la dimensione fisiologica della salvaguardia della salute e sicurezza del lavoratore ad imporre che gli obblighi datoriali in materia possano gravare, oltre che sul titolare formale, anche su chi abbia la responsabilità dell'organizzazione produttiva, senza che in capo a quest'ultimo risulti costituito *ex lege* alcun rapporto di lavoro con i beneficiari della tutela[38].

Si comprende allora, perché, considerata la rilevanza della concreta gestione dell'organizzazione per l'identificazione del datore di lavoro per la sicurezza, ne derivi la necessità di un'accurata indagine sulle caratteristiche della specifica realtà organizzativa, al fine di individuare il soggetto deten-

[33] Per tutte, Cass. pen. 6.2.2004 n. 4981, testo disponibile al sito: http://olympus.uniurb.it (consultato il 22.12.2014).

[34] *Ex multis*, Barbera, 2010, 231; Basenghi, 2009b, 94; Campanella, 2010d, 88; Galantino, 2009, 20; Natullo, 2009, 6; Malzani, 2014, 190; Cass. pen. 13.9.2013 n. 37738, testo disponibile al sito: http://olympus.uniurb.it (consultato il 23.12.2014).

[35] Cfr., antecedentemente alla riforma del 1994, Cass. pen. 15.4.1993, CP, 1994, 1634; Cass. pen. S.U. 1.7.1992, MGL, 1993, 110.

[36] Basenghi, 1996, 69; cfr. pure Natullo, 1996, 698.

[37] «L'interposizione illecita è, infatti, un fenomeno patologico dove la legge crea *senza contratto* un rapporto di lavoro subordinato tra due soggetti»: Bellocchi, 2004, 317, corsivo dell'A.

[38] In proposito, cfr. infatti anche quanto si dirà *infra*, § 4.