



Azienda Ospedaliero-Universitaria
Maggiore della Carità
di Novara

SEDE LEGALE: Corso Mazzini, 18 - 28100
NOVARA - Tel. 0321 3731
www.maggioreosp.novara.it

Cod. Fiscale - Part. IVA 01521330033

DIREZIONE GENERALE

Trasmessa via posta elettronica
PROT. DIR. AMM. 24/2012

AI DIRETTORI GENERALI

Oggetto: Trasferimento di funzioni alla Federazione. Questioni in punto di responsabilità verso Terzi e Prestatori di lavoro. [P. 26/2012]

PREMESSA.

Le Direzioni Generali delle cinque Aziende, costituenti la Federazione Sovrazonale "Piemonte 4", nella riunione del 14 novembre 2012 hanno incaricato i rispettivi Direttori Amministrativi di approfondire la problematica, indicata in oggetto.

Gli Incaricati si sono riuniti il successivo 22 novembre.

In tale riunione, dopo articolata discussione, si è deciso di approvare:

- il documento, redatto dal dr. D'angella;
- il presente documento.

LA PROBLEMATICHE.

Le Federazioni Sovrazonali

La legge regionale 3/2012 ha istituito le Federazioni Sovrazonali [acronimo: FF.SS].

Le Federazioni sono state configurate, dal Legislatore, [e nell'atto costitutivo, artt. 2, 6, 7] quali società consortili di diritto privato, i cui soci sono le Aziende ospedaliere e sanitarie dell'area geografica di riferimento.

Le FF.SS. hanno le caratteristiche richieste, dalla legislazione in materia e dalla Giurisprudenza comunitaria e nazionale, per operare in regime di "in house providing" [per tutte: Corte CE 18/11/1999, C-107/98 Teckal; Cons. Stato Ad. Plen. 1/2008].

Essendo investite, principalmente, della funzione degli acquisti, le FF.SS. sono considerate "*organismi di diritto pubblico*", ai sensi e per gli effetti della legislazione in materia di appalti pubblici (Dlgs. 163/2006).

La partecipazione delle Aziende alla FF.SS. è **obbligatoria**; come è obbligatoria la "attribuzione" ("conferimento", "trasferimento"), da Parte dei Soci alla Società, delle funzioni amministrative, espressamente elencate al comma 3 art. 23 L.R. 18/2007 e smi..

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it

REGIONE
PIEMONTE

www.regione.piemonte.it/sanita

 Non c'è cura
senza cuore
Sistema Sanitario Regionale del Piemonte



Pur nella polisemia delle definizioni, rinvenibili nella legge e nell'atto costitutivo ("attribuzione", "conferimento", "trasferimento"), è indubitabile che trattasi di "delega di funzioni amministrative di un Ente Pubblico".

La delega di funzioni

In ogni ricorrenza dell'istituto della "delega", viene a porsi, inevitabilmente, il problema della definizione dei rapporti tra Delegante e Delegato.

Il problema assume diversi aspetti; uno di questi è connesso alla responsabilità.

In particolare la problematicità è condensabile nel seguente quesito: *la delega trasferisce, o non trasferisce, la responsabilità dal Delegante al Delegato?*

E' questo il tema, da esporre ed esaminare in questa sede.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Prima di "entrare nel merito", sono opportune alcune considerazioni, utili all'inquadramento della fattispecie.

Prima considerazione.

Le FF.SS. sono state istituite con Legge regionale; il che significa che la FS è istituito, la cui fonte ha valore e forza di legge.

Corollario di ciò: il fatto che ogni attività, che costituisca la corretta applicazione di tale legge, non può essere ritenuta illecita, od illegittima, da Alcuno (Giudici compresi).

Per eccepire la illegittimità dell'attività, di cui si è detto, sarebbe necessario **previamente** impugnare la legge, avanti alla Consulta.

Seconda considerazione

Le FF.SS. sono istituito nuovo ed inedito, nell'ordinamento giuridico italiano.

Esistono, nell'ordinamento, casi di delega di funzioni pubbliche da un Ente (Delegante) ad un altro Ente (delegato); ma nessuno dei casi esistenti "ricalca" le FF.SS.

Esse si diversificano dalle altre (art. 33 D.lgs. 163/2006):

- da altre "Centrali di Committenza" istituite quali società di diritto privato (CONSIP, SCR, SORESA), in quanto operano non con personale proprio; ma tramite dipendenti (subordinati) delle Deleganti;
- da altre "Centrali", che sono Enti pubblici (ESTAV Toscana; INTERCENT ER Romagna, Agenzia Umbria Sanità, etc.).

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Terza considerazione

Le FF.SS. opereranno esclusivamente con personale, dipendente delle Aziende Socie. Anche questa è una particolarità; in quanto in caso di *“trasferimento di attività”* la Legge prevederebbe il **trasferimento** del personale al Delegato (art. 31 Dlgs. 165/2001). Diversamente, la Legge 3/2012 prevede: non il trasferimento, ma la semplice *“assegnazione funzionale”*.

L'*“assegnazione funzionale”* è istituto atipico, riconducibile:

- da un lato, all'istituto pubblicistico del comando;
- da altro lato all'istituto del *“distacco”* del diritto del lavoro privato (art. 30 Dlgs. 276/2003 cd. *“Decreto Biagi”*).

Sul punto, va operato un **approfondimento**.

L'istituto del comando, in teoria, sarebbe previsto unicamente tra Enti pubblici.

Peraltro, nel processo di cd. *“privatizzazione”* della Pubblica Amministrazione si sono realizzati numerosi casi di *“assegnazione funzionale”* di personale di un Ente pubblico ad un Ente Privato Strumentale (dell'Ente Pubblico).

La materia è stata disciplinata dalla *“Finanziaria 2008”* e più precisamente dai commi 27 – 32 dell'articolo 3 della Legge 24/12/2007 n. 244.

Al proposito, la Corte dei Conti ha considerato equivalenti: comando, distacco ed assegnazione funzionale [*“... gli strumenti del distacco, del comando o dell'assegnazione funzionale del dipendente pubblico mirano a garantire la flessibilità nell'allocazione delle risorse umane all'interno dei vari plessi in cui si articola la pubblica amministrazione”* cfr. Sezione Controllo Lombardia, Parere 475/2009 del 14 luglio 2009).

Quarta considerazione

L'Amministratore della Federazione ha elaborato una proposta di trasferimento di funzioni che prevede il mantenimento in capo al Delegante di due componenti [*“di peso”*] delle funzioni trasferende:

- la programmazione (e indicazione delle priorità) delle attività, che la FS. espletterà in esecuzione della delega;
- il *“finanziamento”* di tali attività”.

L'esposta circostanza, si vedrà, assume rilevanza per l'esame della problematica in trattazione.

Alla luce delle esposte considerazioni è ora possibile prospettare correttamente la fattispecie.

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE.

La fattispecie in esame può così inquadrarsi.

- A. Ricorrenza di delega di funzioni amministrative pubbliche da Enti pubblici [Deleganti] ad Ente privato [Delegato], avente:
- lo status di "organismo di diritto pubblico", ai sensi e per gli effetti della normativa in materia di contratti pubblici;
 - lo status di "ente strumentale", quale definito dall'art. 13 DL. 223/2006, convertito in L. 248/2006 ("società a capitale interamente pubblico ... costituite per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività")
 - i requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza per essere legittimato ad operare in regime "in house providing".
- B. La delega è: sia prevista ex lege (legge regionale); sia anche obbligatoria.
- C. Il Delegante mantiene alcune componenti delle funzioni trasferite; tra le quali:
- la programmazione (e indicazione delle priorità) delle attività, che il Delegato. espletterà in esecuzione della delega;
 - il "finanziamento" di tali attività.
- D. Il Delegato opera con personale dipendente subordinato al Delegante, in regime di "assegnazione funzionale" alla Società privata.

L' APPLICAZIONE ANALOGICA.

Stante la novità e tipicità delle FF.SS, non esiste una disciplina ad hoc (oltre al dettato della L.R. 3/2012).

Stante tale "lacuna", per risolvere la problematica della responsabilità, è necessario fare ricorso al criterio ermeneutico dell' "analogia" (art.12, Il comma delle "Preleggi").

Più esplicitamente: per risolvere la problematica in argomento occorre individuare un regime della responsabilità (legislativo e giurisprudenziale) già esistente (nell'ordinamento), che risulti applicabile [appunto: per analogia] alla fattispecie nuova.

LE TRE OPZIONI INTERPRETATIVE

Applicando l'argomento analogico emergono tre regimi applicabili:

- il regime della responsabilità del "Datore di lavoro Distaccante";
- il regime della responsabilità dell' "Appaltatore".
- Il regime della responsabilità del "Mandatario".

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Si precisa che **non** si intende affermare, che la fattispecie integra il "Datore di lavoro Distaccante" o l' "Appaltatore" o il "Mandatario"; ma più semplicemente che il regime della responsabilità, nella fattispecie, presenta elementi di similarità / analogia con i regimi di responsabilità sopracitati .

Si espongono separatamente le tre opzioni ermeneutiche.

Per chiarezza espositiva, si distingueranno due tipi di responsabilità:

- per danni a Terzi (ivi comprese le Aziende deleganti);
- per danni a lavoratori.

RESPONSABILITA' PER DANNI A TERZI

Regime della responsabilità (verso terzi) del "Datore di lavoro distaccante".

Come anticipato, l' "assegnazione funzionale" è analoga al "distacco del lavoratore" nel lavoro privato.

Come noto il "distacco" è istituito, che ha avuto una regolazione giurisprudenziale; ciò, almeno sino al momento della sua "codificazione" nell' articolo 30 del "Decreto Biagi".

"Distacco" ricorre quando il Datore dispone che il Lavoratore renda la prestazione lavorativa a favore di un Terzo.

Il distacco non determina la novazione soggettiva del rapporto di lavoro, in quanto Datore rimane sempre il "**Distaccante**"; ma modifica semplicemente le modalità della prestazione lavorativa; prestazione, che viene resa, dal lavoratore "**Distaccato**", a favore del Terzo "**Distaccatario**".

Esiste Giurisprudenza specifica in materia di responsabilità, per fatto del Lavoratore distaccato.

Più precisamente, nella materia, si registra un revirement giurisprudenziale.

La Giurisprudenza **precedente** riteneva che la responsabilità, per fatto del Lavoratore distaccato:

- incombesse sul Distaccatario;
- e non sul Distaccante.

Ciò, sulla base della considerazione che è il Distaccatario ad esercitare il potere direttivo e di controllo sul Lavoratore e che quest'ultimo è inserito nell'organizzazione aziendale del Distaccatario; permanendo in capo al Distaccante il solo potere di applicare le sanzioni disciplinari espulsive (cfr. Cass. Lav. 1224/1999; 8567/1999; 5907/1993; 10807/1990; 1751/1989).

Giurisprudenza **recente** ha "ribaltato" il quadro di riferimento.

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Recependo la nozione legislativa, la Cassazione ha imperniato il proprio ragionamento su quella che l'art. 30 considera una condizione legittimante il distacco; ossia: l' **interesse del Distaccante** a distaccare (presso Terzi) il proprio Lavoratore.

Se il distacco si legittima perché soddisfa un interesse dell'imprenditore, osserva la Cassazione, allora la scelta del distacco: "è riconducibile alla sfera del rischio d'impresa dell'imprenditore datore di lavoro, nel senso che ne riflette la sfera di interessi, ma al tempo stesso ne individua i relativi ambiti di responsabilità, con il doveroso contrappeso del rischio per i danni cagionati dai dipendenti" (cfr. Cass. Lav. 215/2010).

Per la Suprema Corte, la circostanza che il Lavoratore sia soggetto al potere direttivo del Distaccatario non è elemento in grado di deresponsabilizzare il Distaccante in quanto: "quella che rileva, ai fini della responsabilità per i danni cagionati da fatto illecito del dipendente è che il distacco non spezza il collegamento fra l'interesse organizzativo del datore di lavoro distaccante e l'esecuzione della prestazione lavorativa presso un soggetto terzo, con conseguente permanenza del criterio obiettivo di allocazione dei rischi connesso alla responsabilità di impresa per come previsto dall'articolo 2049 cc." (cfr. Cass. Lav. 215/2010).

Duplici soluzioni.

Viene, dunque a porsi un problema di scelta: a quale dei due citati orientamenti ci si deve ricondurre?

Come si è detto, il revirement si deve al fatto che la Giurisprudenza più recente incardina la propria decisione sull'interesse del Datore al distacco.

Ciò vale, sicuramente, quando il distacco viene disposto sulla base di una "libera" scelta imprenditoriale; scelta assunta, in quanto conforme agli interessi del Distaccante.

Ciò potrebbe **non** valere nei casi nei quali il distacco **non** è dovuto ad una "libera" scelta imprenditoriale. Il che accade, come nella fattispecie, in tutti i casi nei quali il distacco costituisca "atto dovuto" (imposto da "superiore Autorità").

In tali casi non è possibile affermare che il distacco "riflette la sfera di interessi" del Distaccante; il quale potrebbe - al limite - anche non volere il distacco; ma essere costretto a disporlo.

Detto più esplicitamente: le fattispecie, nelle quali il distacco non è ricollegabile ad una libera scelta del Distaccante (ma è imposto ab externo), difettando l'interesse, dovrebbero ricondursi alla Giurisprudenza meno recente (ante revirement).

Alla luce di quanto esposto si possono delineare due soluzioni antitetiche.

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Se si riconduce la fattispecie alla Giurisprudenza post revirement si deve dedurre la permanente responsabilità in capo alle Aziende Deleganti.
Se si riconduce la fattispecie alla Giurisprudenza ante revirement si deve dedurre il trasferimento della responsabilità in capo alla Federazione.

Regime della responsabilità (verso terzi) dell'Appaltatore".

Si esamina la seconda opzione interpretativa.

Deducendo dalla quarta considerazione sopraesposta, la fattispecie potrebbe ricondursi al regime della responsabilità dell'Appaltatore.

Mantenendo il delegante: sia la programmazione delle attività del Delegato e sia anche l'obbligo di sostenere i costi di tale attività; non pare errato assimilare il Delegato all'Appaltatore; ciò ovviamente ai soli fini di riconduzione, che qui si sta operando.

Il riparto di responsabilità nell'appalto è questione, che la Giurisprudenza ha ampiamente esaminato e risolto con univocità di esiti.

La Cassazione (sia Civile che Penale) afferma che il Committente, in quanto titolare di potere di progettualità/programmazione, controllo e verifica dell'esecuzione, nonché di quello di "ordinare variazioni", rimane responsabile [rectius: corresponsabile] dell'operato dell'Appaltatore.

Per esimersi da tale corresponsabilità il Committente deve osservare le seguenti regole di diligenza e prudenza:

- scegliere l'appaltatore che non solo sia legalmente abilitato ad eseguire l'opus [cd. "idoneità teorica"], ma sia anche dotato della capacità tecnica e professionale richiesta per il tipo particolare di opus commesso ["idoneità concreta"];
- non ingerirsi nell'esecuzione concreta dell'esecuzione dell'appalto;
- esercitare (direttamente o tramite Incaricato) controllo sull'esecuzione dell'opus, al fine di rilevare i pericoli che incombessero per danni a Terzi e/o ai dipendenti dell'Appaltatore.
- nell'ipotesi di evidenziazione di situazioni di pericolo, intervenire immediatamente sull'Appaltatore richiedendone la rimozione;

Nei termini sopraindicati, ex multis si citano:

- Cassazione Civile, 12448/2012; 27002/2011; 19132/2012; 7356/2009; 15782/2006);
- Cassazione Penale, 8589/2008; 38824/2008; 30857/2006; 15081/2010).

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Nella fattispecie, ai criteri giurisprudenziali sopracitati, va aggiunto un ulteriore criterio: quello di fornire alla Federazione i fondi sufficienti per eseguire in maniera "non pericolosa" l'attività delegata.

Concludendo: se si opta per l'esposta riconduzione si deve dedurre la possibilità per le Aziende deleganti di trasferire la responsabilità (verso terzi) in capo alla Federazione. Ciò regolando tale trasferimento di responsabilità nei provvedimenti di delega.

Regime della responsabilità (verso terzi) del "Mandatario".

In teoria è possibile l'applicazione della disciplina del contratto tipico del "Mandato" (artt. 1703 - 1730 cc.).

L'istituto codicistico del mandato è strutturato per una delega, che abbia quale oggetto il compimento (da parte del Mandatario) di atti giuridici e non (tanto) di atti materiali. Conseguentemente, la sua applicazione analogica è sicuramente congrua, per quanto attiene alle funzioni la cui esecuzione consista in atti giuridici (quale: la funzione "acquisti"); ma denota difficoltà applicative, ove riferita alle funzioni che si concretizzano in attività materiali (quali: le manutenzioni).

Ciò precisato, si richiamano gli articoli 1710, 1711, 1712, 1713 del codice civile. Ne consegue, che i rapporti tra Mandante e Mandatario vengono definiti consensualmente dal "contratto" di mandato.

Il che significa, applicando analogicamente, che l'aspetto della responsabilità viene regolato dal provvedimento che delega la funzione alla Federazione.

RESPONSABILITA' PER DANNI A DIPENDENTI.

Entrambi i regimi di responsabilità sopra commentati sono disciplinati nella vigente normativa antiinfortunistica (Dlgs. 81/2008).

Regime della responsabilità antiinfortunistica del "Datore di lavoro distaccante".

L'art. 3 cm. 6 del Dlgs. 81/2008, così dispone:

"Nell'ipotesi di distacco del lavoratore di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, tutti gli obblighi di prevenzione e

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato. Per il personale delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che presta servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, gli obblighi di cui al presente decreto sono a carico del datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo o autorità ospitante"

Concludendo, accedendo alla ricostruzione riferibile al "distacco" la responsabilità è trasferita ex lege alla Federazione

Regime della responsabilità antiinfortunistica dell'"Appaltatore".

All'appalto il Dlgs 81 dedica una serie di norme, artt.:18, 26 e, in riferimento ai cantieri : 89, 90, 100,101.

La norma cardine è l'articolo 26 [che si allega].

Dalla lettura di tale norma si deduce, con evidenza, la impossibilità di una sua applicazione alla fattispecie.

Regime della responsabilità antiinfortunistica del "Delegato".

E' noto come la Giurisprudenza, in materia di infortuni sul lavoro, avesse elaborato una serie di criteri atti a distinguere:

- la delega "reale/effettiva", in quanto tale idonea a trasferire la responsabilità dal Datore di lavoro al Delegato;
- la delega "nominale", inidonea a deresponsabilizzare il Datore di Lavoro.

I parametri giurisprudenziali sono stati recepiti dal Legislatore nell'art. 16 Dlgs. 81, che si trascrive:

"1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:

- a) che essa risulti da atto scritto recante data certa;*
- b) che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;*
- c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;*
- d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;*
- e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.*

2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.

3-bis. Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate".

Tale essendo il dettato legislativo può trarsi la seguente conclusione.

Concludendo se si aderisce alla tesi della applicabilità, per analogia, dell'istituto della delega in materia antiinfortunistica, applicando l'art. 16 Dlgs. 81/2008 è possibile trasferire la responsabilità in capo alla Federazione

CONCLUSIONI

Le esposte considerazioni inducono, lo Scrivente, alle seguenti conclusioni.

- I.) E' **indispensabile** che il provvedimento di delega delle funzioni definisca, con sufficiente precisione: l'oggetto ed i limiti della delega; nonché le "istruzioni", alle quali il Delegato deve attenersi.
- II.) E' **opportuno** (per evitare il determinarsi di situazioni di incertezza, foriere di equivoci e di conflittualità), che il provvedimento di delega definisca, sempre con sufficiente precisione, il riparto delle responsabilità tra Deleganti e Delegato.
- III.) E' **necessario** che gli aspetti sub I.) e sub II.) siano concordati tra Deleganti e Delegato.
- IV.) Nella denegata (e qui prospettata a soli fini di completezza espositiva) ipotesi, che non si raggiunga accordo sul riparto di responsabilità, le (sole) attività materiali connesse alle funzioni indicate dalla legge 3/2012 sarebbe opportuno rimanessero in capo ai Deleganti.

Novara, 22 novembre 2012

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
(dot. Gian Pietro Savoini)

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it



Azienda Ospedaliero-Universitaria
Maggiore della Carità
di Novara

SEDE LEGALE: Corso Mazzini, 18 - 28100
NOVARA - Tel. 0321 3731
www.maggioreosp.novara.it

Cod. Fiscale - Part. IVA: 01521330033

Gian Pietro Savoini
0321 3733282
Email gianpietro.savoini@maggioreosp.novara.it

 REGIONE
PIEMONTE

www.regione.piemonte.it/sanita

 Non c'è cura
senza cuore

Sistema Sanitario Regionale del Piemonte