

APPUNTO

sull'incontro di studio per la magistratura onoraria del Distretto di Milano 28.11.2013

RESPONSABILITÀ COLPOSA DEL DATORE DI LAVORO

Decreto Legislativo n. 81 del 9 aprile 2008

Dr. Nicola BALÌCE, *Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Premessa

Per una disamina completa dei principali profili teorici sul reato omissivo improprio si rimanda alla lettura di Cass. Sez. 4 n. 38991 del 10 giugno 2010, Quaglierini e altri, si tratta di una rassegna chiara e leggibile, che mi risulta costituisca interpretazione attualmente seguita in sede nomofilattica. Si leggano, nello specifico, le pagine da 36 a 42, da 52 a 67.

Il testo aggiornato del D. Lgs. è reperibile sul sito Normattiva.it.

Legenda delle abbreviazioni:

RSPP = responsabile del servizio di prevenzione e protezione

CSP = coordinatore in materia di sicurezza e salute durante la progettazione dell'opera

CSE = coordinatore in materia di sicurezza e salute durante l'esecuzione progettazione dell'opera

DVR = documento valutazione rischi previsto da art. 28 D. Lgs.

DUVRI = documento unico per la valutazione dei rischi da interferenza (art. 26 D.Lgs.)

PSC = piano di sicurezza e coordinamento previsto da art. 100 D. Lgs.

POS = piano operativo della sicurezza previsto da art. 89, lett. h) D. Lgs.

Ambito di applicazione del d. lgs. 81/08: definizione di datore, obblighi per i lavoratori autonomi e per le imprese familiari

Datore di lavoro (articolo 2, comma 1, lett. b): soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, **comunque**, che, secondo il tipo o l'assetto di organizzazione in cui l'attività è espletata, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa, **in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa**.

La definizione non è solamente ancorata, quindi, al solo dato formale, ma investe, in determinati casi, un accertamento di fatto per la verifica di poteri sostanziali di organizzazione e spesa, come del resto fatto palese, nell'ambito della definizione di lavoratore, dal disposto dell'art. 299 del medesimo decreto in cui è detto: **"le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2, comma 1, lett. B), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti"**.

Consegue che gli obblighi previsti dal D. Lgs. spettano sia a chi risulti datore in virtù di investitura formale, sia a chi lo sia in base alla lettura collegata degli art. 2, lett. B) e 299, con eventuale giustapposizione delle relative "posizioni di garanzia".

La legge in questione si applica anche alle PP.AA. indicate nell'art. 1, comma 2 D. Lgs. 30 marzo 2001, ossia tutte le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità Montane...tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali..."

In questi casi datore di lavoro è: 1) dirigente al quale spettano poteri di gestione ovvero 2) il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui sia preposto a ufficio avente autonomia gestionale, individuato (il dirigente e il funzionario) dall'organo di vertice delle singole amministrazioni, tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. **In caso di omessa individuazione o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo¹.**

E' superata la discussione esistente, nella vigenza di precedente dettato normativo, che si riferiva alla sola preposizione ovvero esercizio di poteri di gestione, se fosse necessaria uno specifico atto dell'ente (meglio: dell'organo di vertice), ovvero un rapporto di immedesimazione organica, disciplinato, magari, con atti rilevanti per altri fini:

Attualmente pertanto occorre: 1) l'atto di individuazione; 2) che l'atto di individuazione conferisca potere in effetto esercitabili. **In mancanza rimane la responsabilità dell'organo di vertice.**

Lavoratori autonomi e impresa familiare.

Articolo 21 - Disposizioni relative ai componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile e ai lavoratori autonomi (d. lgs. 81/08 e succ. modd.).

1. I componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile, i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile, i coltivatori diretti del fondo, i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo, gli artigiani e i piccoli commercianti devono:

- a) utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al titolo III (uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale);*
- b) munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di cui al titolo III (uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale);*
- c) munirsi di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le proprie generalità, qualora effettuino la loro prestazione in un luogo di lavoro nel quale si svolgano attività in regime di appalto o subappalto.*

2. I soggetti di cui al comma 1, relativamente ai rischi propri delle attività svolte e con oneri a proprio carico hanno facoltà di:

- a) beneficiare della sorveglianza sanitaria secondo le previsioni di cui all'articolo 41, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali;*

¹ Cass. pen., Sez. 4, Sentenza n. 30214 del 12/04/2013Ud. (dep. 12/07/2013) Rv. 255896

In tema di tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro negli enti locali, l'organo di direzione politica che non abbia espressamente attribuito la qualifica di datore di lavoro al dirigente del settore competente, conserva lui stesso la qualifica.

Massime precedenti Conformi: N. 38840 del 2005 Rv. 232418, N. 15206 del 2012 Rv. 252383

Massime precedenti Vedi: N. 19634 del 2003 Rv. 224847, N. 39268 del 2004 Rv. 230088, N. 47249 del 2005 Rv. 233017, N. 35137 del 2007 Rv. 237379, N. 34804 del 2010 Rv. 248349

b) partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, incentrati sui rischi propri delle attività svolte, secondo le previsioni di cui all'articolo 37, fermi restando gli obblighi previsti da norme speciali.

Per una serie di norme relative ai **lavoratori autonomi** si veda *infra* in materia di appalto.

Per le sanzioni penali per lavoratori autonomi e componenti impresa familiare, cfr. art 60 D. Lgs. 81/08.

Si applicano nei confronti dei lavoratori autonomi le disposizioni indicate negli articoli 21 e 26 D. Lgs. 81/08.

Nei confronti dei componenti dell'impresa familiare si applicano le disposizioni di cui all'art. 21 D. cit.

Una riflessione in materia di **impresa familiare**.

Il legislatore con l'art. 3 comma 12 del DLgs 81/08 12. ha stabilito che "Nei confronti dei componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile [...] si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21". La norma contenuta nell'art. 230 bis del codice civile nasce dall'esigenza di accordare una tutela minima di natura patrimoniale ai coadiuvanti. Si evidenzia come il titolare dell'impresa familiare assuma ogni obbligazione verso l'esterno e come la figura del coadiuvante sia spuria rispetto al normale inquadramento civilistico che divide i lavoratori tra autonomi e subordinati.

Con la Sentenza 1/4/2010 n. 17581/10 della Suprema Corte di Cassazione, Sezione IV, ric. Moltrasio, il giudice di legittimità conferma la sentenza di condanna del titolare di una impresa familiare per l'infortunio del figlio che operava saltuariamente nel laboratorio di panetteria dell'azienda.

Nell'analisi del Decreto Legislativo 81/08, da un lato, si deve tener conto che il legislatore con l'art. 3 comma 4 del DLgs 81/08 ha stabilito che "Il presente decreto legislativo si applica a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati, fermo restando quanto previsto dai commi successivi del presente articolo". Con il successivo comma 12 ha stabilito che "Nei confronti dei componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile [...] si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21".

Dall'altro lato si deve evidenziare come il legislatore nella formulazione dell'art. 3 comma 12 abbia "dimenticato" il richiamo all'art. 90 che impone al datore di lavoro dell'impresa familiare la redazione del POS, lasciando così aperta l'ipotesi che le disposizioni di cui all'art. 21 siano applicabili ai componenti mentre sul titolare/datore di lavoro dell'impresa familiare incombono anche i più generali obblighi di valutazione dei rischi. Inoltre è evidente che laddove l'organizzazione dell'impresa familiare non corrisponda, anche nei fatti, al dettato dell'art. 230 bis del cod.civ., sarà individuabile un datore di lavoro di fatto (art. 299 DLgs 81/08) sul quale graveranno gli obblighi tipici previsti dal DLgs 81/08.

Quindi, soprattutto in caso di indagini per infortunio, sarà necessario vagliare l'effettivo ruolo dei componenti l'impresa familiare.

L'art. 96 D.lgs n. 81/2008 relativo agli obblighi che incombono a carico dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti, al primo comma individua quali destinatari di tali obblighi i datori di lavoro delle imprese affidatarie e delle imprese esecutrici, anche nel caso in cui nel cantiere operi un'unica impresa, anche familiare o con meno di dieci addetti.

Dalla formulazione letterale della norma si evince che il legislatore ha dato per pacifica l'esistenza della figura del datore di lavoro nell'impresa familiare.

Questo dato non risulta contrastare con le altre previsioni contenute nel testo unico in materia di sicurezza sul lavoro ed in particolare con l'art. 3 comma 12 Dlgs 81/2008, il quale stabilisce che nei confronti dei componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230 bis c.c. si applicano le disposizioni di cui all'art. 21.

Tale norma si riferisce ai componenti dell'impresa familiare (ovvero ai familiari che prestano in modo continuativo la loro attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare) e nel prevedere a carico di costoro tre precisi obblighi, in nessun modo produce l'effetto di far venire meno gli obblighi che, per legge, incombono a carico del datore di lavoro.

E' infatti evidente che il contenuto dell'art. 21 D.lgs 81/2008 è speculare a quello dell'art. 20 e come quest'ultimo individua precisi obblighi a carico dei lavoratori, così l'art. 21 ne stabilisce altri nei confronti dei componenti dell'impresa familiare.

Da una lettura congiunta delle norme discende, pertanto, che anche nelle imprese familiari è presente un datore di lavoro, a carico del quale incombono gli obblighi previsti dall'art. 18 D.lgs n. 81/2008.

Lo stesso andrà individuato nel titolare dell'impresa familiare, ovvero in colui che è titolare del rapporto di lavoro con i componenti dell'impresa familiare e che ha la responsabilità dell'organizzazione dell'impresa, in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.

Si deve concludere che anche nell'impresa familiare esiste un datore di lavoro identificabile nel titolare dell'impresa, e l'articolo 21 del DLgs 81/08 applicabile ai componenti dell'impresa familiare è da considerarsi aggiuntivo e derogativo rispetto all'art. 20.

Infatti sarebbe impensabile la figura di un datore di lavoro in assenza di un lavoratore, ma a tale proposito l'art. 4 del DLgs 81/08 stabilisce che ai fini della determinazione del numero di lavoratori dal quale il presente Decreto Legislativo fa discendere particolari obblighi non sono computati:

a) i collaboratori familiari di cui all'articolo 230-bis del Codice civile; (...)

Deve quindi ritenersi che anche i collaboratori familiari sono lavoratori, anche se non concorrono alla determinazione del computo. D'altra parte la figura del collaboratore familiare non pare sfuggire alla definizione di "lavoratore" contenuta nell'art. 2 comma 1 lettera a): persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione

Responsabilità committente, appaltatore, subappaltatore.

Il tema coinvolge uno degli aspetti più delicati in materia di sicurezza sul lavoro, infatti occorre evitare che il legittimo esercizio dell'autonomia privata e della libertà di impresa, con il ricorso a tipi contrattuali previsti dall'ordinamento (appalto, somministrazione, contratto d'opera, subappalto), si risolva in un sostanziale svuotamento delle garanzie di sicurezza per i lavoratori delle imprese coinvolte.

Le norme cardine sono rappresentate da: art. 26 (obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione) e dal titolo IV del decreto (Cantieri temporanei o mobili), in particolare agli articoli da 88 a 104.

Il presupposto dell'applicazione dell'art. 26 riguarda il caso di affidamento di lavori servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno dell'azienda del committente, di una singola unità produttiva, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo.

Il concetto richiamato è quello di *interferenza* tra le lavorazioni, che si pone anche quando l'oggetto delle prestazioni riguardino luoghi che siano nella mera disponibilità giuridica del soggetto appaltante, quindi anche se in concreto non vi sia sovrapposizione contestuale di attività e, conseguenza importante, anche se non sia prevista la presenza contestuale di lavoratori dipendenti da aziende diverse (tale requisito è esplicitato in materia di cantieri temporanei e mobili).

Il datore di lavoro appaltante o somministrante deve: **1) verificare l'idoneità tecnico-professionale, con le modalità previste dall'art. 6, comma 8 lett. g) del decreto (nella prassi acquisizione certificato iscrizione CIIA, autocertificazione circa il possesso dei requisiti).** Sul punto va segnalato che, ai sensi dell'art. 21, non è previsto obbligo di formazione per i lavoratori autonomi, bensì facoltà, sicché non è esclusa l'esistenza di possibili profili di colpa in relazione alla scelta di lavoratori autonomi che, per disfunzioni o insufficienze immediatamente ravvisabili dal committente, evidenzino comunque l'inidoneità del lavoratore; **2) fornire dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.**

Tutti i datori (non sono inclusi i lavoratori autonomi), compresi i subappaltatori: 1) cooperano all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione; 2) coordinano gli interventi, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare i rischi dovuti alle interferenze.

Le attività appena descritte sono promosse dal datore di lavoro committente, il quale elabora un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, quando non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenza. Tale documento è allegato al contratto di appalto e va adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi, forniture... Le disposizioni del presente comma (si tratta del terzo) non si applicano ai rischi specifici propri delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.

E' prevista un'eccezione (ma si applicano le norme indicate nei primi due commi dell'art. 26) per i servizi di natura intellettuale, per le mere forniture di materiali e attrezzature nonché per i lavori e servizi di durata non superiore a due giorni, sempre che non vi siano rischi previsti dall'all. XI (le recenti norme sulla semplificazione approvate con legge 9 agosto 2013 n. 98, prevedono il venir meno del DUVRI in caso di lavori e servizi di durata fino a cinque uomini-giorno; saranno individuati con successivo decreto i settori a basso rischio infortunistico nei quali si potrà, in sostituzione della redazione del DUVRI, nominare un incarico dotato delle necessarie competenze; in ogni caso valgono le eccezioni già previste in base alle quali tali procedure non potranno essere seguite per le attività qualificate come pericolose ai sensi dell'all. XI).

Il comma 5 stabilisce che nei singoli contratti (di appalto, somministrazione, subappalto) devono essere specificamente indicati **a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.** (contrarietà a norme imperative) i costi delle misure adottate per eliminare ovvero ridurre i rischi derivanti da interferenze. **I costi (da determinare specificamente a corpo o a misura) non sono soggetti a ribasso.**

Diversamente da quanto previsto nel titolo IV (v. art. 92, obblighi del CSE) non è previsto un obbligo per il committente di verificare l'effettiva applicazione delle misure di prevenzione e protezione specificate nel DUVRI.

Si prevede che i costi per la sicurezza non possono costituire oggetto di ribasso e pertanto devono rimanere invariati per tutta la sequela degli affidamenti. Sul punto dell'effettività segnalo che occorre spesso un'approfondita indagine di fatto per comprendere se – non sostenuti i costi in questione e verificatosi l'infortunio – possa ravvisarsi un obbligo di garanzia (in relazione a precise situazioni di fatto o cognizioni dalle quali desumere un potere di ingerenza) a carico dei soggetti posti a monte (in particolare primo appaltatore e committente).

L'altra tipologia riguarda i cantieri temporanei o mobili (v. all. X), in sostanza lavori edili o di ingegneria civile.

L'art. 89 dà la definizione di committente estensibile a mio parere anche alla figura ugualmente denominata nell'art. 26 e di tutte le altre figure previste dalla legge, oltre che di altre nozioni.

L'art. 90 prevede gli obblighi per il committente o il responsabile dei lavori (questo è la persona che può essere incaricata dal committente per svolgere i compiti a esso attribuiti dal decreto: si presti attenzione al fatto che il responsabile dei lavori è titolare di una precisa posizione di garanzia, tanto da essere destinatario di precise sanzioni penali previste dall'art. 157. L'incarico dovrebbe quindi essere oggetto di precisa delega con i requisiti previsti dall'art. 16 del D. Lgs. 81/08, allo scopo di conferire i necessari poteri di spesa e di decisione previsti dall'art. 2, comma 1, lett. b) del decreto in questione, con permanenza del residuale onere di vigilanza previsto dal medesimo art. 16 in capo al committente): si attiene ai principi e alle misure generali di tutela previsti dall'art. 15, nel momento delle scelte organizzative, tecniche, allo scopo di una corretta pianificazione delle fasi di lavoro; prende in considerazione i documenti previsti dall'art. 91, comma 1 lett. a) e b); designa nei cantieri in cui è prevista la presenza, anche non contemporanea di più imprese esecutrici, il CSP e il CSE; ha la facoltà, qualora in grado, di svolgere funzioni di CSP e CSE; comunica alle affidatarie il nome dei coordinatori; può sostituire i coordinatori; verifica l'idoneità tecnico professionale delle affidatarie (v. all. XVII); trasmette la notifica prevista dall'art. 99.

L'art. 91 prevede gli obblighi del CSP, il quale: redige il PSC previsto dall'art. 100, comma 1, in conformità all'all. XV; predispose un fascicolo adattato alle caratteristiche dell'opera (all. XVI) contenente le informazioni utili per la prevenzione e la protezione; coordina l'applicazione di quanto previsto dall'art. 90, comma 1.

L'art. 92 prevede gli obblighi del CSE che durante la realizzazione dell'opera: verifica, con opportune azioni di coordinamento e controllo, l'applicazione da parte delle esecutrici delle disposizioni loro pertinenti nel PSC; verifica l'idoneità dei POS, che sono complementi del PSC, assicurandone la coerenza con questo e comunque adegua il PSC e il fascicolo rischi all'evoluzione delle opere; organizza la cooperazione e il coordinamento tra i vari datori di lavoro; segnala al committente o al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta, le inosservanze alle prescrizioni del PSC e propone la sospensione lavori o la risoluzione contrattuale; sospende in caso di pericolo grave e imminente le singole lavorazioni.

L'art. 93 delimita la portata delle varie posizioni di garanzia del committente e responsabili dei lavori: è esonerato da responsabilità limitatamente al conferimento dell'incarico al responsabile dei lavori (con le precisazioni sopra esposte alla pagina precedente) ; la designazione dei coordinatori non esonera per le responsabilità connesse alla verifica dell'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 91 co. 1 e 92, comma 1, lett. a), b), c), d) e e).

L'art. 95 (misure generali di tutela) prevede che i datori di lavoro delle esecutrici osservino le misure generali previste dall'art. 15, e tra queste si segnala la cooperazione tra datori di lavoro e lavoratori autonomi.

L'art. 96 prevede obblighi per i datori di lavoro diversi dal committente, in particolare redigono il POS; l'accettazione del PSC e la redazione del POS costituiscono adempimento degli obblighi previsti dall'art. 17 co. 1 lett. a), 26, comma 1, lett. b), 2 e 3 e 5 3 29, comma 5.

L'art. 97 prevede gli obblighi del datore dell'impresa affidataria, il quale: **verifica le condizioni di sicurezza dei lavori affidati e l'applicazione delle disposizioni e prescrizioni del PSC;** coordinare gli interventi delle imprese compresenti sul cantiere; verificare la congruenza dei POS rispetto al proprio, prima di trasmetterli al CSE; in caso di subappalto, ove gli impianti, gli apprestamenti e le altre attività indicate nell'all. XV siano effettuate dalle esecutrici, **corrisponde ad esse gli oneri per la sicurezza, senza ribasso;**

L'art. 99 prevede la notifica preliminare all'ASL competente e alla Dir. Prov. Lavoro;

L'art. 100 disciplina il PSC redatto in conformità all'all. XV, con la stima dei costi e costituisce parte integrante del contratto di appalto.

Come si vede la normativa prevista dall'art. 26 e dal Titolo IV tratta espressamente i casi di interferenza, ma non interviene a disciplinare esplicitamente i casi di appalto, somministrazione, contratto d'opera che non rientrano nel concetto di interferenza così come desumibile dal disposto dell'art. 26, comma 1: come ragionare in questi casi non previsti dal D. Ls. 81/08? In tali casi, stante il principio che è garante il datore cui il rischio sia prossimo, parrebbe che gli obblighi in materia (previsti dal titolo I) si concentrino sull'appaltatore. Tuttavia è utile richiamare Cass. Pen. 28529/08 del 26 giugno 2008, ric. Mezzera secondo cui l'appaltante deve essere ritenuto in colpa per aver consentito l'inizio dei lavori in situazione di pericolo, quando la carenza delle misure di prevenzione e protezione sia immediatamente percepibile, quando vi sia un profilo di colpa nella valutazione dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore. In sostanza, in tali casi occorre compiere un penetrante accertamento di fatto allo scopo di verificare se, per le circostanze e modalità dei lavori, lo stesso possa ritenersi ugualmente destinatario di un obbligo di garanzia nella materia che ci occupa, senza ovviamente entrare nel merito delle scelte imprenditoriali e produttive dell'appaltante.

Individuazione dei rischi e misure di prevenzione: documento valutazione dei rischi.

Il campo delle misure generali di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro è delimitato dall'art. 15 D. Lgs. 81/08. Se ne riporta il testo poiché norma cardine:

Articolo 15 - Misure generali di tutela

1. Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono:

a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza;

- b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro;*
- c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico;*
- d) il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo;*
- e) la riduzione dei rischi alla fonte;*
- f) la sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso;*
- g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio;*
- h) l'utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro;*
- i) la priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale;*
- l) il controllo sanitario dei lavoratori;*
- m) l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e l'adibizione, ove possibile, ad altra mansione;*
- n) l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori;*
- o) l'informazione e formazione adeguate per dirigenti e i preposti;*
- p) l'informazione e formazione adeguate per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;*
- q) l'istruzioni adeguate ai lavoratori;*
- r) la partecipazione e consultazione dei lavoratori;*
- s) la partecipazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;*
- t) la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi;*
- u) le misure di emergenza da attuare in caso di primo soccorso, di lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato;*
- v) l'uso di segnali di avvertimento e di sicurezza;*
- z) la regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alla indicazione dei fabbricanti.*

Il compito della valutazione di tutti i rischi e la conseguente elaborazione del documento di valutazione dei rischi previsto dall'art. 28 è del datore di lavoro: non può essere delegato, come prevede l'art. 16 in materia di delega di funzioni. Pertanto ove si constati un infortunio causalmente connesso a omessa valutazione del rischio specifico il datore di lavoro non potrà addurre deleghe per evitare la responsabilità penale, salva la valutazione, a mio parere, dell'elemento soggettivo del reato (colpa).

Obblighi inerenti alla valutazione dei rischi e alla redazione del relativo documento: artt. 28 e 29 D. Lgs. 81/08.

L'articolo 29 comma 1 del D. Lgs. 81 stabilisce quattro obblighi autonomi:

- effettuazione della valutazione del rischio
- elaborazione del documento di valutazione del rischio di cui all'articolo 17 comma 1 lett. a);
- elaborazione del documento di valutazione del rischio in collaborazione con il RSPP;

-elaborazione del documento di valutazione del rischio in collaborazione con il medico competente nei casi di cui all'articolo 41.

Relativamente alle criticità relative ai primi due obblighi, possiamo trovarci di fronte a situazioni diverse:

1. il datore di lavoro non ha effettuato la valutazione di tutti i rischi e non ha redatto il documento di valutazione dei rischi
2. il datore di lavoro ha effettuato la valutazione di tutti i rischi e non ha redatto il documento di valutazione dei rischi
3. il datore di lavoro ha effettuato una valutazione dei rischi incompleta, in quanto non ha effettuato la valutazione di uno o più rischi, e il contenuto del documento e' incompleto in quanto non ha inserito la valutazione di uno o più rischi
4. Il datore di lavoro ha effettuato una valutazione dei rischi inadeguata rispetto a uno o più rischi e il contenuto del documento e' inadeguato rispetto ad uno o più rischi.

In tutti questi casi, stante la stretta correlazione fra gli obblighi stabiliti dall'art. 17 comma 1 lett. a), l'art. 29 e l'art. 28 c. 1, è violato l'articolo 29 comma 1.

Viola l'articolo 29 comma 1 anche il datore di lavoro che non rispetta i requisiti stabiliti dall'art. 28 comma 2 primo capoverso.

La violazione dell'articolo 28 comma 2, lettere a) primo periodo, b), c), d), e), f), è invece applicabile unicamente nel caso in cui emerga che la valutazione dei rischi sia stata effettivamente effettuata per tutti i rischi in modo adeguato e il documento di valutazione dei rischi redatto, tuttavia il documento non contenga espressamente uno o più degli elementi previsti dalle lettere sopra citate, precisamente:

lett. a: una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valutazione stessa;

lett. b: l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuale e dei dispositivi di protezione individuali adottati;

lett. c: il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;

lett. d: l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere;

lett. e: l'indicazione del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o di quello territoriale e del medico competente che ha partecipato alla valutazione del rischio;

lett. f: individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento.

Nell'ambito dell'attività ispettiva, l'analisi del documento di valutazione del rischio e gli accertamenti in merito all'effettiva valutazione del rischio eseguita, consentirà di individuare le violazioni applicabili.

Ovviamente viola l'articolo 29 c. 1 il datore di lavoro che non elabora il documento di valutazione del rischio in collaborazione con il RSPP e con il medico competente nei casi di cui all'articolo 41.

Attenzione: ai sensi dell'art. 29, comma 5 D. 81/08, le imprese che occupano fino a 10 dipendenti effettuano la valutazione dei rischi ivi contemplati in base alle procedure standardizzate previste dall'art. 6, comma 8 lett. F) del medesimo decreto. Fino all'entrata in vigore del decreto (di fatto fino a quest'anno) era consentita un'autocertificazione di siffatta valutazione. Tale disposizione non si applica alle attività previste dall'art. 31, co. 6 lett. a), b), c), d) e g).

L'attività di individuazione dei rischi e delle misure di prevenzione va effettuata in collaborazione con RSPP e, nei casi previsti dall'art. 41 del Decreto, con il medico competente, dopo aver consultato il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

Si tratta di un dovere, per così dire, dinamico e non statico poiché il documento e la valutazione vanno immediatamente rielaborate quando vi siano modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro oppure in seguito a infortunio significativi ovvero lo richieda i risultati della sorveglianza sanitaria in azienda.

In sostanza potrà ipotizzarsi una violazione degli articoli 28 e 29 causalmente rilevante in sede penale quando ci troviamo di fronte a un rischio che si è evoluto nel senso appena detto oppure che non era stato adeguatamente valutato in relazione alle conoscenze acquisite successivamente alla valutazione e alla previsione delle misure di prevenzione.

Significativo, a mio parere, è l'indubbia relazione tra il comma 3 dell'art. 29 citato e l'art. 2087 cod. civ., nel riferimento all'obbligo di adeguarsi al grado di evoluzione della tecnica.

Il RSPP è un collaboratore del datore nell'ambito delle funzioni appena descritte: può essere esterno o interno all'impresa (v. art. 31 Decreto) e possedere specifiche qualifiche e capacità professionali (art. 32 Decreto); è destinatario di specifici compiti che sono: individuazione fattori di rischio, elaborare misure di prevenzione e protezione, proporre programmi di formazione e informazione dei lavoratori, partecipare a tutte le attività di consultazione che riguardino la sicurezza. Il datore di lavoro può assumere direttamente questo incarico, qualora ne abbia le competenze, nelle imprese specificate nell'allegato II al D. Lgs. (in particolare imprese artigiane e industriali fino a 30 lavoratori e altri casi).

E' importante segnalare che il D. Lgs. 81/08 non prevede specifiche sanzioni penali nei confronti del RSPP: ciò non significa che, nell'ambito dell'indagine penale, non si possa ravvisare una condotta etiologicamente rilevante a carico della stessa figura (pur non potendo ipotizzare una responsabilità ai sensi degli artt. 55 e ss. Del D. Lgs.), quando abbia violati i propri doveri, così cagionando la situazione di rischio.

In sintesi: la valutazione e il documento dei rischi vanno effettuate da tutti i datori di lavoro e costituisce il primo documento da consultare nell'indagine penale, qualora si sia verificato un infortunio azienda. La verifica sul documento, come visto, non è soltanto formale, ma correlata alla concreta articolazione produttiva, alle conoscenze pregresse e agli interventi dovuti secondo la più aggiornata conoscenza tecnica.

Una considerazione che ritengo importante, soprattutto ai fini della corretta valutazione della responsabilità penale in dipendenza da comportamento c.d. abnorme del lavoratore ovvero dei danni prodotti a terzi in dipendenza della violazione di norme dettate in materia antinfortunistica, è la seguente: un concetto fondamentale della disciplina in questione è quello di **rischio** (definito dall'art. 2, lett. s del decreto come "probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno

nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un fattore o agente oppure alla loro combinazione”, detto in termini più semplici: probabilità che si verifichi un evento dannoso). Il criterio che informa la legge è fondato sul principio prevalente dell’eliminazione del rischio, quando ciò è possibile (v. art. 15, comma 1, lett. c); in caso di rischio ineliminabile vanno intraprese tutte le misure, secondo il miglior progresso tecnico, per la loro riduzione con le necessarie misure di protezione. Ne consegue che, allorché si valuti un determinato evento che concreta il rischio, occorre rispondere preliminarmente alla domanda: si tratta o no di rischio eliminabile, con misure di prevenzione collettive ovvero individuali? Solo nel caso in cui la risposta al quesito sia negativa, e pertanto non possa essere imputata al datore una scorretta valutazione del rischio ai sensi dell’art. 29, comma 1 D. cit), potrà avere ingresso la disamina della efficienza delle misure protettive in concreto adottate, della formazione e informazione dei lavoratori, dell’efficienza ed efficacia dei DPI.

Adempimenti verso il lavoratore: obblighi di comunicazione, informazione e formazione: i dispositivi di protezione individuale.

La materia è trattata agli artt. 36 e 37. Il datore di lavoro deve farsi carico che il lavoratore riceva adeguata informazione: sui rischi generalmente connessi all’attività dell’impresa e sulle figure aziendali che hanno funzione di protezione della materia; sui rischi specifici ai quali è esposto, derivanti dall’uso di agenti pericolosi, sulle concrete misure di prevenzione e protezione adottate nell’azienda. Il contenuto delle informazioni deve avvenire in forma facilmente comprensibile per i lavoratori e soprattutto, in caso di lavoratori immigrati, verificando che gli stessi abbiano ben compreso il contenuto delle stesse (verifica che andrà fatto assumendo sommarie informazioni testimoniali dallo stesso, anche in relazione alla capacità di comprendere la lingua italiana).

La formazione deve essere **sufficiente e adeguata** in materia di salute e sicurezza, anche con riferimento alle conoscenze linguistiche, con particolare riferimento a: concetti di rischio, danno, prevenzione, protezione, organizzazione della prevenzione in azienda, diritti e doveri dei vari soggetti aziendali, organi vigilanza; rischi riferiti alle mansioni, ai danni e alle procedure di prevenzione e protezione.

La formazione deve avvenire: alla costituzione del rapporto di lavoro; in caso di trasferimento o cambiamento mansioni; a modifiche del procedimento produttivo.

L’addestramento è effettuato da persona esperta e **sul luogo di lavoro** e comunque va ripetuta e aggiornato in relazione all’evoluzione dei rischi.

E’ significativo che anche dirigenti e preposti debbano ricevere adeguata e specificata formazione e aggiornamento periodico sui propri compiti nella materia della prevenzione e sicurezza.

La formazione dei lavoratori deve avvenire **durante l’orario di lavoro e senza oneri economici a loro carico.**

Nell’art. 74 sono definiti i DPI. E’obbligo, ai sensi dell’art. 18, del datore di lavoro e dei dirigenti fornire i DPI, necessari e idonei, sentiti RSPP e medico competente, ove presente.

L’uso dei DPI (v. art. 75) ricorre quando i rischi non possono essere evitati o sufficientemente ridotti da misure tecniche di prevenzione (prima scelta), da mezzi di protezione collettiva, da misure, metodi, procedimenti incidenti sull’organizzazione del lavoro.

Quindi: prima di tutto si deve eliminare il rischio; se ciò non è possibile, si devono privilegiare misure di protezione collettiva, in via ulteriormente graduata è possibile l'uso dei DPI, i quali devono essere adeguati al rischio da prevenire (in alcuni casi hanno favorito o aggravato infortuni, v. per esempio gli infortuni da contatto con parti mobili di macchinari che sono favoriti o aggravati dall'uso di guanti, DPI che sono da utilizzare per altre incombenze e pertanto usati impropriamente), alle condizioni di lavoro e di salute del lavoratore, di adattabilità alle diverse condizioni. Il datore di lavoro ha precisi obblighi di formazione e informazione dei lavoratori, circa il corretto impiego e funzionamento dei DPI. I lavoratori hanno il dovere di utilizzare i DPI conforme all'informazione e all'addestramento specifico ricevuto (v. art. 20 e 78). In relazione a ciò si pone il dettato di cui all'art. 18, comma 3 bis sul quale ci tratteremo in sede di colpa del lavoratore.

La definizione dei ruoli in azienda: delega di funzioni, datore di lavoro, dirigente e preposto.

Della definizione di datore di lavoro abbiamo detto all'inizio.

L'art. 1, lett. d) definisce il **dirigente** come: persona che, in ragione delle competenze professionali e dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa;

L'art. 1, lett. e) definisce il **preposto** come: persona che, in ragione delle competenze professionali e dei poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa.

La posizione di garanzia del dirigente è definita dall'art. 18 del D. Lgs ed è in gran parte coincidente con quella del datore di lavoro. Non occorre una delega ai sensi dell'art. 16 poiché la sua posizione funzionale si individua nell'articolazione di compiti aziendali definiti dalla legge, che trovano attuazione nelle diverse organizzazioni imprenditoriali. Si tratta di una posizione di garanzia concorrente con quella del datore di lavoro, con la conseguenza che ciascun garante risulta autonomamente destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'evento previsto dall'art. 41 cpv. c.p. (v. Cass. 4688/11, ric. P.G., del 3.11.2011, tra le altre).

Tra i numerosi compiti dei quali sono destinatari datore di lavoro e dirigente, si ricordano, in particolare: nomine necessarie (medico competente, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza); fornire i necessari DPI; misure adeguate perché solo i lavoratori adeguatamente istruiti accedano a zone di rischio grave e specifico; richiedere ai lavoratori l'osservanza delle norme vigenti e delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e igiene del lavoro e d'uso dei dispositivi di protezione; sorveglianza sanitaria dei lavoratori; misure per il controllo delle situazioni di rischio per i casi di emergenza e di pericolo grave e immediato, adempiere agli obblighi di informazione e formazione già descritti; elaborare DUVRI; aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza sul lavoro o in relazione al grado di evoluzione della tecnica.

Il comma 3 bis dell'art. 18 prevede che il datore di lavoro e il dirigente sono tenuti a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli art. 19 (preposti), 20 (lavoratori), 22, 23, 24 e 25,

ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti. Su questa norma, si tornerà esaminando la colpa del lavoratore come causa interruttiva del nesso di causalità.

Anche al preposto viene attribuita una posizione di garanzia concorrente, con particolare riferimento a: sovrintendere e vigilare sull'osservanza da parte dei lavoratori degli obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di uso dei dispositivi di protezione, con obbligo di avvertire i superiori in caso di inottemperanza; verificare che solo i lavoratori adeguatamente istruiti accedano alle zone in cui vi sia rischio grave e specifico; informare i lavoratori delle situazioni di rischio; segnalare tempestivamente le deficienze dei mezzi e delle attrezzature e DPI, oltre a ogni situazione di pericolo che si verifichi durante il lavoro.

I dirigenti e i preposti devono essere adeguatamente informati e formati, a cura del datore di lavoro. La delega di funzioni è disciplinata dall'art. 16 che evidenzia i requisiti della stessa, ove non espressamente esclusa (v. art. 17): atto scritto recante data certa; possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; attribuzione al delegato di tutti i poteri di organizzazione, gestione, controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; autonomia di spesa necessaria per lo svolgimento delle funzioni; accettazione per iscritto. Alla delega va data adeguata e tempestiva pubblicità. La delega non esclude l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento delle funzioni delegate. Tale obbligo di vigilanza si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4. Il delegato, previa intesa con il datore di lavoro, può a sua volta delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, alle medesime condizioni indicate nei primi due commi. Anche in tal caso la delega non esclude l'obbligo di vigilanza. Le funzioni subdelegate, non possono essere oggetto di ulteriore delega.

Si tratta di una norma che ha recepito indicazioni provenienti in modo costante dalla giurisprudenza che si era sforzata di dare significato effettivo a deleghe in forza delle quali, spesso, si invocava il trasferimento della posizione di garanzia dal datore di lavoro ad altri soggetti.

Ovviamente non potranno essere delegate le attività previste dall'art. 17 D. Lgs. (valutazione di tutti i rischi ed elaborazione DVR; designazione del RSPP).

In relazione alle funzioni delegate l'obbligo di vigilanza sul corretto espletamento delle funzioni delegate è stato interpretato come obbligo di assicurare l'effettività della stessa, rilevando situazioni di inerzia ovvero di macroscopica inosservanza dei doveri, escludendosi che il datore sia tenuto a valutare singoli e specifici interventi (v. Cass. 10702/12 del 1° febbraio 2012, Mangone).

Tuttavia l'importanza e le conseguenze di questo strumento necessitano, a mio parere, di una esatta precisazione dei compiti antinfortunistici, pur se non esplicitamente evidenziato dall'art. 16. In relazione a questi occorre specificare quali siano le singole attività delegate, precisare i costi e determinare i poteri di intervento: non potrà a mio parere delegarsi semplicemente la gestione di tutte le competenze in materia antinfortunistica, come spesso è capitato di constatare.

Colpa del lavoratore ed esclusione della responsabilità del datore.

Una rassegna ragionata di decisioni del giudice di legittimità sul profilo in questione è contenuta in Cass. N. 48821/12 del 23 novembre 2012, Lovison (in particolare alle pagine 12-17).

La posizione della giurisprudenza di legittimità in materia è stabile da molti anni: la condotta imprudente del lavoratore, per poter interrompere il nesso causale, deve presentare i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al processo lavorativo e alle direttive organizzative ricevute, sempre che non sia ravvisabile alcuna violazione delle norme antinfortunistiche da parte del datore di lavoro (tra le tante, v. sent. 23292 del 28 aprile 2011, Millo).

Sul comportamento abnorme si è osservato un'estensione della categoria, a mio parere, anche a casi in cui non si discute di condotta estranea al processo lavorativo bensì di comportamenti del lavoratore che rientrino nelle mansioni che gli sono proprie, quando tale comportamento sia consistito in una condotta radicalmente e ontologicamente lontana dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro.

In relazione, soprattutto, a quest'ultima parte della giurisprudenza prevalente occorre porre attenzione a non sovrapporre valutazioni che attengono a elementi costituiti diversi del reato omissivo improprio: il nesso di causa e la colpevolezza, anche alla luce di elementi introdotti di recente dal legislatore nella materia che ci occupa (in particolare art. 18, comma 3 bis D. Lgs. 81/08, previsto dal D. Lgs. 106/09, sopra ricordato). Tale norma fa discendere l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati (nel caso dell'art. 20, il lavoratore) dal fatto che la mancata attuazione dei doveri da parte del dipendente sia addebitabile unicamente allo stesso e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti. Mi pare evidente che il legislatore, posta una norma cautelare afferente a una posizione di garanzia che impone di tenere un comportamento attivo da parte del garante, voglia far riferimento al requisito della prevedibilità, tipico connotato soggettivo della colpa conformato sul c.d. "agente modello". In tal caso, mi pare che, prima di giungere alla valutazione del nesso causale si debba guardare al perimetro della posizione di "garanzia" da correlare all'elemento psicologico del reato.

Tale approccio consentirebbe di evitare di ricomprendere comportamenti affatto eccezionali o imprevedibili nella valutazione del nesso causale (v. in merito le considerazioni della sentenza n. 48821/12, Lovison, già citata), come quelli, per intendersi in maniera esemplificativa, connessi all'impropria utilizzazione di macchine, apparecchi e dispositivi di protezione individuale.

Ciò consente a mio parere di evitare la difficoltà logica di inquadrare un comportamento connesso alla mansione lavorativa come "interruttivo" del nesso causale ai sensi dell'articolo 41, comma 2 c.p. quando, in presenza di una violazione del garante di norme antinfortunistiche, si dovrebbe discutere dell'esigibilità in concreto del comportamento omissivo, sia in termini di prevedibilità che di prevenibilità dell'evento (quest'ultima rilevante per l'individuazione del c.d. "comportamento alternativo lecito").

Sulla responsabilità amministrativa (Art. 25 septies L. 231/01 e art. 300 D. Lgs. 81/08: Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro)

L'art. 5 D. Lgs. 231/01 distingue tra soggetti che rivestono funzioni di "rappresentanza o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso" e le persone "sottoposte alla direzione e vigilanza" di uno dei soggetti dell'altra categoria.

L'art. 6 D. Lgs. 231/01 esclude che il p.m., in caso di reato commesso dai c.d. "apicali", debba dare la prova dell'adozione, attuazione e verifica di modello di organizzazione e gestione secondo i requisiti previsti dal comma 1 dell'articolo in predicato (richiamato dall'art. 1, lett. dd) D. Lgs. 81/08).

L'art. 7 D. Lgs. 231/01 prevede invece che, per le condotte ascritte a soggetti non apicali, l'accusa provi un difetto di direzione e (o) vigilanza il quale non rileverà quando sia stato adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quelli verificatisi (con i requisiti previsti dai commi 3 e 4 dell'art. in questione: effettività preventiva del modello, verifica e modificabilità dello stesso, sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto dello stesso).

In sostanza, nel caso dell'art. 6 D. Lgs. 231/01, dato l'onere probatorio delineato dalla legge, l'indagine può essere piuttosto agile, essendo necessario stabilire se il soggetto sia in posizione apicale, acquisire la documentazione societaria circa i poteri di direzione e controllo, verificare (eventualmente ai fini della natura e entità della sanzione) la storia infortunistica dell'ente (registro infortuni, segnalazioni Inail, esiti di precedenti accessi ispettivi del S.P. Asl). Il criterio di esclusione dalla responsabilità cui all'art. 5 u.c. D. Lgs. 231/01 (gli agenti abbiano operato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi) non mi sembra concretamente rilevante nella nostra materia, nella quale l'interesse vantaggio si correla al risparmio di costi di formazione/informazione lavoratori, adeguamento macchinari e procedure produttive e via elencando. Annoto qui che il riferimento alla lett. c) dell'art. 6, comma 1 D. Lgs. 231/01 (reato commesso con fraudolenta elusione dei modelli di organizzazione e gestione) neppure appare di particolare importanza nella materia trattata, perché, in definitiva, l'omissione o l'adempimento apparente delle norme antinfortunistiche, quando si parli di soggetti all'apice, dovrebbe essere accompagnata da specifiche condotte di inganno poste in essere da coloro che hanno agito, prova che va fornita dall'ente e di evidente, difficile verifica.

Ritengo che in caso di delega e di subdelega di funzioni (spesso genericamente affastellate, come risulta dai documenti esaminati in vari processi) in materia del D. Lgs. 81/08, il delegato o subdelegato (posto che siano rispettati i requisiti formali e sostanziali previsti dall'art. 16 D. cit. e quelli oggettivi richiesti dall'art. 17 D. cit.) sia da considerare soggetto apicale ai sensi degli artt. 5 e 6 D. Lgs. 231/01, con le conseguenze, in termini di lavoro probatorio del P.M. (per esempio, sarà l'ente a dover dimostrare l'esistenza di un modello organizzativo effettivo ed efficiente ai sensi del successivo articolo 30 D. cit.), già scritte in precedenza: è evidente che le funzioni delegate rientrano, senza analogia e per ragioni logiche, in quelle di direzione, rappresentanza, amministrazione dell'ente

Nel caso dei soggetti subordinati (art. 7 D. Lgs. 231/01, quindi preposti, lavoratori, medico competente ed altri) l'indagine sarà necessariamente più laboriosa e coinvolge direttamente il modello organizzativo accuratamente descritto dall'articolo 30 D. Lgs. 81/08, che ha efficacia esimente se adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento degli obblighi giuridici relativi (comma 1) analiticamente specificati nelle lettere da a) a h) del medesimo comma:

- 1) standard tecnico-strutturali delle attrezzature, degli impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici direttamente collegati all'infortunio (con l'esigenza di verificare la conformità, oltre che alla normativa in esame, a quella comunitaria e di appurare se vi siano state segnalazioni precedenti circa malfunzionamenti o carenze);

- 2) valutazione dei rischi e predisposizione delle misure conseguenti (documento di valutazione rischi, DUVRI, POS e analoghi);
- 3) emergenze, il primo soccorso, la gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- 4) sorveglianza sanitaria;
- 5) formazione ed informazione dei lavoratori circa i rischi e i comportamenti virtuosi da tenere;
- 6) vigilanza (anche con riferimento al rispetto delle procedure e istruzioni da parte dei lavoratori);
- 7) acquisizione documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- 8) periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle misure adottate.

Quel che è importante verificare è l'effettività e l'efficacia del modello di organizzazione (commi 2, 3 e 4 art. 30 cit.).

A tal fine occorrerà: acquisire i documenti relativi alle registrazioni (comma 2), sentire i lavoratori circa l'effettività, la frequenza dell'attività di formazione e informazione circa i rischi, sentire le rappresentanze sindacali aziendali circa le condizioni di lavoro, sentire il RSPP aziendale sull'attività effettivamente svolta e sui riscontri documentali della stessa, sentire i lavoratori interessati nel SPP, sentire i lavoratori autonomi che prestino o abbiano prestato la propria attività nell'impresa, sentire gli appaltatori che abbiano prestato la propria attività all'interno della struttura aziendale. Insomma tutti gli elementi dai quali poter desumere che il modello organizzativo non sia un adempimento, in tutto o in parte, formale.

In questa prospettiva, e anche in quella penale, mi pare estremamente utile ricostruire la storia infortunistica dell'ente, acquisendo il contenuto delle violazioni della normativa antinfortunistica eventualmente riscontrate (o comunque degli accessi effettuati) in passato, il registro degli infortuni, gli infortuni segnalati all'Inail.

Quasi superfluo osservare che dovranno essere acquisite visure camerali, delibere rilevanti per la materia trattata, deleghe e sub deleghe di funzioni (con i documenti relativi alla pubblicità delle stesse e evidenze documentali circa l'effettivo potere di spesa conferito).

In caso di previsione e attuazione di un Organo di Vigilanza (previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b) D. Lgs. 231/01), andrà acquisita la documentazione e le informazioni circa l'effettività e la portata dei controlli effettuati.

Molti degli infortuni, mortali e gravi, dei quali ci occupiamo avvengono coinvolgono operai che prestano lavoro alle dipendenze di ditte appaltatrici o, più frequentemente, sub-appaltatrici. In tali casi spesso non è applicabile la disciplina prevista dall'art. 26 D. Lgs. 81/08 (lavori che si svolgono all'interno della ditta committente o luoghi dei quali la stessa abbia la disponibilità giuridica: in tal caso esiste un obbligo coordinato tra committente, appaltatore e sub appaltatore di cooperazione e di informazione circa i rischi specifici esistenti sui luoghi di lavoro, oltre l'obbligo gravante sul datore di lavoro di elaborare il documento unico documento di valutazione dei rischi (DUVRI) per eliminare o ridurre al minimo i rischi da c.d. interferenza).

Il problema, in questi casi, è di verificare se il contratto di appalto o sub-appalto costituisca, almeno nella prospettiva del committente o dell'appaltatore, un sistema per attutire, o addirittura eliminare, le proprie responsabilità in materia di prevenzione degli infortuni.

Nella materia manca una disposizione come quella prevista dal comma 5 dell'art. 26 D. Lgs. 81/08 (che prevede la nullità, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. – contrarietà a norme imperative, dei

contratti che non indichino i costi per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenza delle lavorazioni; i costi in questione non sono soggetti a ribasso).

Si verifica quindi in concreto, con la formula che trasferisce in capo all'appaltatore o al sub-appaltatore le incombenze in materia di sicurezza del lavoro e dei relativi adempimenti, che piccole e male organizzate imprese (spesso società di persone, ditte individuali, imprese con meno di dieci dipendenti) svolgano i lavori in condizioni di assoluto spregio delle condizioni di sicurezza (esempio eclatante e doloroso è quello delle morti o lesioni di operai in seguito a precipitazioni dall'alto in cantieri edili ovvero in lavorazioni svolte su ponteggi e scale).

Mi pare che in tema possa essere d'ausilio (anche dopo essersi confrontati con gli SPESL delle ASL) la norma in materia di cantieri temporanei e mobili (titolo IV D. Lgs. 81/08, articoli 88 e seguenti). E' cantiere mobile qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile (secondo l'elenco di cui all'allegato X D. Lgs. cit.). In tali cantieri è rilevante la figura del coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la progettazione dell'opera (coordinatore per la progettazione), incaricato dal committente dell'esecuzione dei compiti previsti dall'art. 91 D. Lgs. cit. e quella del coordinatore in materia di sicurezza e di salute durante la realizzazione dell'opera (coordinatore per l'esecuzione dei lavori), incaricato dal committente dell'esecuzione dei compiti previsti dall'art. 92 D. Lgs. cit. (che non può essere il datore di lavoro delle imprese affidatarie ed esecutrici, né un dipendente ovvero RSPP del datore di lavoro).

Il committente (art. 90 D. Lgs. cit.) deve adeguarsi ai principi e alle misure generali di tutela previste dall'art. 15 D. Lgs. cit. (misure generali di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, tra le quali spiccano: valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; programmazione della prevenzione; eliminazione dei rischi; riduzione dei rischi alla fonte; sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso; informazione per lavoratori, preposti, rappresentanti lavoratori per la sicurezza; uso di segnali di avvertimento e di sicurezza) in relazione: al momento delle scelte tecniche e organizzative, onde pianificare i vari lavori e le fasi di lavoro che si svolgeranno simultaneamente o successivamente; al momento della previsione della durata delle fasi di lavoro). Il committente deve verificare l'idoneità tecnico professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici, con le modalità previste dall'all. XVII (che importa, tra l'altro, la valutazione del documento di valutazione dei rischi previsti dall'art. 29, comma 5 D. cit. e la documentazione attestante la conformità alle disposizioni del D. 81/08 delle macchine, attrezzature e opere provvisoriale). Il committente deve nominare il Coordinatore per la progettazione (i cui compiti sono descritti nell'art. 91 D. cit.: redige il piano di sicurezza e coordinamento previsto dal successivo art. 100, comma 1; predisporre un fascicolo contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e protezione) e il Coordinatore per l'esecuzione dei lavori (i cui compiti sono descritti dall'art. 92 D. cit: verifica, con azioni di controllo e coordinamento, l'applicazione delle norme del piano di sicurezza e coordinamento previsto dal successivo art. 100, comma 1; verifica l'idoneità del POS e adegua il piano di sicurezza in relazione all'evoluzione dei lavori e alle modifiche intervenute, verificando che le imprese esecutrici adeguino i rispettivi piani operativi di sicurezza); organizza la reciproca cooperazione e informazione tra i datori di lavoro coinvolti; segnala al committente l'inosservanza di norme antinfortunistiche delle imprese interessate ai lavori e ha penetranti poteri di contestazione e intervento in materia).

L'art. 93 D. Lgs. 81/08 (come modificato nel 2009) prevede espressamente che la nomina del Coordinatore per la progettazione e del Coordinatore per l'esecuzione dei lavori non esonera il committente dalle responsabilità connesse alla verifica dell'adempimento degli obblighi, già

descritti in sintesi, previsti dagli articoli 91, comma 1 e 92, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e) del D. Lgs. 81/08.

La responsabilità amministrativa, in tal caso, potrà risalire al committente e all'appaltatore (per il caso di sub-appalto), anche in forza degli obblighi di cooperazione e informazione reciproca nonché di quelli previsti dagli articoli 95 e 97 D. Lgs. 81/08.

Si osserva infine che, in base all'art. 299 del D. Lgs. 81/08: “le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), d) ed e)” (datore di lavoro, dirigente e preposto) “gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti”. In tal caso, provato il rapporto di fatto, ai fini della responsabilità amministrativa, la condotta rilevante per le nostre valutazioni sarà riconducibile all'ente, senza particolari approfondimenti circa i modelli organizzativi poiché sarà il datore di lavoro a dover dimostrare che la preposizione, in ruoli apicali e subordinati, non abbia in concreto pregiudicato le esigenze tutelate dalla normativa esaminata.