

Il Nuovo Testo Unico della Sicurezza sul lavoro: le novità, gli obblighi, le responsabilità, le sanzioni

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicista – Autore
— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2008.



PREMESSA

In data 1° aprile 2008 il Governo ha varato in via definitiva il Testo Unico in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro (**D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 - G.U. n. 101 del 30 aprile 2008, s.o. n. 108/L**). L'atto di definitiva approvazione -lo schema preliminare del decreto legislativo era stato licenziato il 6 marzo- è stato l'ultimo anello di una catena di provvedimenti susseguiti in tempi assai ristretti (Parere della Conferenza Stato-Regioni in data 12 marzo; Parere della Commissione permanente lavoro della Camera in data 18 marzo; Parere della Commissione permanente lavoro del Senato in data 20 marzo). A determinare in via risolutiva il Governo all'emanazione del provvedimento, è stata la tragica catena di morti, avvenuta anche con modalità che hanno profondamente scosso l'opinione pubblica: basti pensare al tragico rogo della Thyssenkrupp del 6 dicembre 2007, o ai 5 morti nell'autocisterna di zolfo nella zona industriale di Molfetta del 3-4 marzo 2008.

Peraltro l'emorragia di vittime sul lavoro è inarrestabile, come denotano le statistiche annuali INAIL. Nondimeno, erano 30 anni che si parlava di Testo Unico della sicurezza sul lavoro, senza che si fosse riusciti a pervenire ad un approdo legislativo. La legge 3 Agosto 2007, n. 123 (G.U. n. 185 del 10 agosto), approvata in via definitiva dalla Camera dei deputati il 1° agosto 2007, costituiva infatti, in ordine di tempo, il terzo tentativo di riassetto e di riforma della normativa in materia: il primo era stato operato con l'art. 24 della legge n. 833/78 di istituzione del Servizio sanitario nazionale, e il secondo con l'art. 3 della legge n. 229/2003 (legge di semplificazione amministrativa per l'anno 2001), cui era seguito il T.U. "Berlusconi", peraltro ritirato il 3 maggio 2005 dopo avere incassato il parere negativo sia della Conferenza Stato-Regioni (3 marzo 2005), sia del Consiglio di Stato (31 gennaio-7 aprile 2005).

Peraltro l'esigenza di procedere all'adozione di un Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro (di seguito denominato anche "TUSIC"), avente anche una valenza codicistica (intendendosi per "codice" un provvedimento che operi, al contempo, la revisione e la raccolta di tutte le norme di settore di rango legislativo, con l'obiettivo del riordino e dell'unificazione della disciplina) era stata da tempo qualificata come urgente e indifferibile, sia dalle più alte Istituzioni dello Stato (Presidenza della Repubblica, Parlamento e Governo), sia dalla Commissione parlamentare di inchiesta sugli infortuni sul lavoro (con particolare riguardo alle c.d. "morti bianche"), costituita nel marzo 2005, la cui

Relazione finale, approvata nella seduta dell'8 marzo 2006 già ribadiva, nelle considerazioni conclusive, il persistere di tale "*prima esigenza fondamentale*".

D'altro canto si deve convenire che erano via via maturati i tempi per un intervento di codificazione normativa sistemica: infatti la legislazione italiana, per effetto del recepimento, nell'ultimo ventennio, delle Direttive comunitarie di settore, era divenuta un corpo legislativo frammentato e complesso, il quale si era progressivamente affiancato –e in parte sovrapposto- alla legislazione precedente emanata per lo più nella seconda metà degli anni '50, e in gran parte ancora vigente, sebbene improntata a principi di logica giuridica estremamente diversi rispetto all'impianto legislativo comunitario.

L'esigenza di una ridefinizione organica della materia derivava poi anche dal profondo mutamento del contesto economico e sociale, nonché dalle esperienze applicative sinora maturate, sia a livello professionale, sia a livello Giurisprudenziale.

IL NUOVO TESTO UNICO

La prima valutazione generale relativa all'esercizio della delega legislativa conferita dall'art. 1 della legge n. 123/2007 è che, sebbene nell'intitolazione di essa non si parli formalmente di "Testo Unico" (e pur essendosi riconosciuta al Governo la facoltà di emanare una pluralità di provvedimenti: "*uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro*"), la soluzione finale è stata quella di prevenire ad un unico testo normativo, più coerente con l'idea di Testo Unico.

Il testo approvato in data 1° aprile 2008 (il termine per l'esercizio della delega era fissato al 25 maggio 2008, ma la crisi di Governo e la scadenza elettorale hanno accelerato i tempi), al pari della riforma varata dal precedente Governo di centro-destra, ha una valenza sia unificatrice (di "*riassetto*"), sia codicistica (di "*riforma*") della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. L'art. 1, comma 6 della Legge n. 123/2007 prevede poi la possibilità per il Governo di adottare ulteriori disposizioni integrative e correttive entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del nuovo provvedimento.

Il "**TUSIC**" risulta composto di 306 articoli, distribuiti in 13 Titoli, e di 51 Allegati. Peraltro la parte più significativa, sotto il profilo riformatore, è costituita dal Titolo I (Principi Comuni: artt. 1-61) e dal Titolo XII (Disposizioni in materia penale e di procedura penale: artt. 298-303).

IL TITOLO PRIMO

Dopo avere esplicitato il criterio di esercizio della delega legislativa, è stata inserita la c.d. "clausola di cedevolezza" (art. 1, comma 2), al fine di rendere l'intervento legislativo compatibile con l'attuale sistema di competenze legislative ripartite di cui all'art. 117 della Costituzione e con gli statuti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano.

Nell'ambito del contesto definitorio (art. 2) è innovativa la definizione di "lavoratore", in quanto svincolata dalla tipologia contrattuale e dall'elemento

della retribuzione, e agganciata funzionalmente all'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato.

Recependo orientamenti Giurisprudenziali e di prassi, è ricompreso nell'area del lavoro subordinato per equiparazione il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso; l'associato in partecipazione; il soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui alla legge n. 196/97 ed alle specifiche disposizioni delle leggi regionali; il volontario di cui alla legge n. 266/91 (intendendosi per attività di volontariato quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà, e in assenza di retribuzione), e quelli del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco e della protezione civile; i lavoratori socialmente utili. La definizione di datore di lavoro è ora ancorata alla responsabilità dell'organizzazione di lavoro (non più all'impresa), e la titolarità dei poteri decisionali e di spesa deve essere verificata, secondo il principio di effettività, in termini di suo concreto esercizio. Nel settore pubblico, si è opportunamente stabilito che, in caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri dettati dal Testo Unico, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice.

Molte le definizioni formulate *ex novo*: "azienda", "dirigente", "preposto", "sorveglianza sanitaria", "salute", "responsabile del servizio di prevenzione e protezione", "addetto al servizio di prevenzione e protezione", "valutazione dei rischi", "pericolo", "rischio", "norma tecnica", "buone prassi", "linee guida", "formazione", "informazione", "addestramento", "organismi paritetici", "Responsabilità sociale delle imprese". Di particolare rilievo la definizione di "modello di organizzazione e di gestione", allineato alle disposizioni della legge n. 231/2001

Il principio dell'applicabilità del Testo Unico a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati (art. 3) è, sul piano dei principi generali, uno degli elementi di maggiore novità caratterizzanti la riforma. Esso risulta perfettamente allineato con le indicazioni della Giurisprudenza in materia. Peraltro statuti particolari e più ristretti di tutela – sul versante oggettivo o soggettivo- sono stati previsti per alcune categorie di lavoratori di cui al D.Lgs. n. 276/2003 (lavoratori in regime di somministrazione di lavoro, di distacco, di lavoro a progetto, di lavoro occasionale accessorio), per i lavoratori a domicilio e per quelli occupati alle dipendenze dei proprietari di fabbricati (portieri privati, giardinieri, etc.), e per i lavoratori a distanza (ad es. nei call center). Per il lavoro autonomo e per il lavoro svolto nell'impresa familiare (art. 230-bis c.c.) è stato previsto un regime misto, in parte di tutela e in parte di assoggettamento a specifici obblighi (uso di attrezzature di lavoro e di DPI a norma, ed esposizione di apposita tessera di riconoscimento nel settore degli appalti e dei subappalti). Per le imprese agricole medie e piccole che impieghino lavoratori stagionali è prevista, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del T.U., l'emanazione di un Decreto Interministeriale di semplificazione degli adempimenti relativi all'informazione, formazione e sorveglianza sanitaria.

A livello istituzionale, oltre alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro (i cui compiti sono, tra l'altro, di validare le buone prassi in materia di salute e sicurezza sul lavoro; di elaborare le procedure standardizzate di effettuazione della valutazione dei rischi; di definire le attività promozionali della cultura e delle azioni di prevenzione, nonché i criteri per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi; di indicare modelli di organizzazione e gestione aziendale ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001), è stata prevista l'istituzione, presso il Ministero della salute, del Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro; nonché del Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro (SINP). Sono state poi confermate le competenze di ISPESL, INAIL e IPSEMA (art. 9), nonché il sistema pubblico di informazione e assistenza alle imprese in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il sistema di ripartizione funzionale delle competenze inerenti la vigilanza sui luoghi di lavoro è stato sostanzialmente riconfermato, così come i provvedimenti per il contrasto del lavoro irregolare, già introdotti dal D.L. n. 223/2006 e dall'art. 5 della L. n. 123/2007 (art. 14).

Elemento di assoluta novità è la disciplina legislativa dell'istituto della delega di funzioni (art. 16), finora legittimato sul piano normativo (art. 1, comma 4-ter del D.Lgs. n. 626/94), ma affidato quanto alla determinazione dei contenuti e dei requisiti di validità e di efficacia alle copiose indicazioni della dottrina Giurisprudenziale. E' stata confermata la non delegabilità dell'attività di valutazione dei rischi intra-aziendali (non dei rischi interferenziali in caso di appalti "interni") e il c.d. "principio di scalettamento" degli obblighi di sicurezza e di salute, già contenuto all'art. 1, comma 4-bis del D.Lgs. n. 626/94, in base al quale l'estensione dell'area di esposizione alla responsabilità va correlata, per i dirigenti prevenzionistici, al complesso delle "attribuzioni e competenze ad essi conferite", e per i preposti, alla "posizione" ricoperta in seno all'organizzazione aziendale, desumibile anche solo dall'esame dell'organigramma generale dell'azienda. Invariato, rispetto alla previsione dell'art. 4, comma 12 del D.Lgs. n. 626/94, il c.d. "regime differenziato della valutazione dei rischi", riservato alle Amministrazioni pubbliche e agli uffici pubblici, con riguardo agli interventi strutturali e di manutenzione necessari per assicurare la sicurezza dei locali e degli edifici.

Per tutti i lavoratori in regime di appalto e di subappalto (anche se autonomi o componenti dell'impresa familiare di cui all'articolo 230-bis del codice civile) è stato confermato l'obbligo, già sancito dall'art. 6 della legge n. 123/2007, di esporre la tessera di riconoscimento.

Anche la responsabilità di progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori (artt. 22-24) è stata modulata sulle indicazioni del previgente art. 6 del D.Lgs. n. 626/94. Il medico competente (art. 25) è stato definito *expressis verbis* come soggetto che collabora con il datore di lavoro e con il servizio di prevenzione e protezione alla valutazione dei rischi, e che può essere coinvolto anche nella programmazione dell'attività di formazione e informazione dei lavoratori, per

la parte di sua competenza. Nell'assetto normativo del "TUSIC" anche la sorveglianza sanitaria ha recepito l'utilizzo del metodo della preventiva programmazione, e deve interfacciarsi virtuosamente con le migliori acquisizioni del sapere scientifico. Sono poi stati sistematizzati gli obblighi in tema di tutela della privacy (D.Lgs. n. 196/2003), ed ampliata la categoria dei soggetti cui il medico competente deve relazionarsi sul piano della comunicazione informativa. E' stato poi previsto, entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Testo Unico, il censimento mediante "autocertificazione professionale" di tutti i MC esistenti.

In materia di appalti c.d. "interni" è stato confermato il modello procedurale dell'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94, con la precisazione che la redazione del documento unico di valutazione dei rischi interferenziali (DUVR) è obbligatoria anche nel caso in cui non sia possibile eliminare, ma solo ridurre al minimo tali rischi; e che la selezione del soggetto affidatario dei lavori deve avvenire mediante un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi. E' stata poi sancita la nullità dei contratti di subappalto, appalto e di somministrazione del settore privato (esclusa la somministrazione di beni e servizi essenziali) privi della specifica indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro. Per i contratti in essere, il termine ultimo è il 31 dicembre 2008, qualora essi siano ancora in corso a tale data (per quelli aventi scadenza anteriore, il regime è di esonero). Per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono state recepite le disposizioni già contenute nella legge n. 123/2007.

Il Testo Unico ribadisce il modello partecipativo, sinergico, consultivo, collaborativo, dialettico nell'attività di valutazione dei rischi da parte dei soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale (già contenuto all'art. 4, comma 6 del D.Lgs. n. 626/94), nonché la dinamicità intrinseca dell'attività valutativa, ancorata non più solo alle significative modifiche a fini prevenzionistici del processo produttivo, ma anche a quelle attinenti all'organizzazione del lavoro, all'evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione, agli esiti della sorveglianza sanitaria e alla tipologia infortunistica aziendale. L'attività di valutazione dei rischi deve riguardare tutte le tipologie di rischio professionale (c.d. valutazione "globale"), e ha come oggetto anche altre scelte rilevanti sul piano prevenzionistico e dell'organizzazione del lavoro (scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, e sistemazione dei luoghi di lavoro). Il conferimento al documento di valutazione del requisito della certezza di data vale, ovviamente, per ogni successivo aggiornamento documentale, imposto dal principio di "dinamicità" della sicurezza sul lavoro.

Confermata anche l'estensione del D.Lgs. n. 231/2001 al settore della prevenzione degli infortuni, ed alla conseguente valutazione relativa all'opportunità di adozione di un idoneo modello di organizzazione e di gestione, con l'indicazione che nella fase "di prima applicazione" del "TUSIC" (peraltro temporalmente non definita) per alcuni modelli di organizzazione aziendale (Linee guida UNI-INAIL del 28 settembre 2001 e BS-OHSAS

18001:2007), opera, limitatamente alle parti “*corrispondenti*”, la presunzione di conformità allo schema legale (art. 30).

Il Servizio di prevenzione e protezione (artt. 31-34) è stato disciplinato conformemente alle indicazioni degli artt. 8 e ss. del D.Lgs. n. 626/94, del D.Lgs. n. 195/2003 e dell’Accordo della Conferenza Stato-Regioni del 26 gennaio 2006. E’ prevista l’istituzione del servizio di prevenzione e protezione unico “centralizzato” per più unità produttive o “interimprese” per gruppi di imprese, nonché la registrazione delle competenze professionali acquisite dagli ASPP e dai RSPP interni nel libretto formativo del cittadino di cui alla c.d. riforma Biagi (D.Lgs. n. 276/2003). Per i datori di lavoro che svolgano direttamente i compiti di prevenzione e protezione dai rischi è stato istituito l’obbligo di formazione professionale (di durata variabile dalle 16 alle 48 ore), nonché di periodico aggiornamento (quest’ultimo esteso senza eccezioni, con valenza retroattiva, a tutti i **DDL**).

Il sistema dell’informazione, della formazione, dell’addestramento, della sorveglianza sanitaria, della gestione delle emergenze e della prevenzione incendi (artt. 36-46) è stato in alcuni ambiti rafforzato, in altri articolato in maniera più estesa rispetto alla legislazione previgente, tenendo anche conto dei fenomeni di integrazione linguistica derivanti dal carattere multietnico del mercato del lavoro, e con registrazione della formazione dei lavoratori nel libretto formativo del cittadino. Prevista altresì l’iscrizione dei medici competenti –previo “censimento”- in specifico elenco istituito presso il Ministero della salute.

Conformemente alle indicazioni della legge-delega n. 123/2007, il ruolo del rappresentante dei lavoratori risulta rafforzato, ed è stato sancito *ex lege* il principio dell’incompatibilità funzionale RLS/RSPP, già affermato dalla Giurisprudenza (Cass. civ. sez. lavoro, n. 19965/2006).

La disciplina degli organismi paritetici (art. 51) riproduce sostanzialmente le indicazioni dell’art. 7 della legge n. 123/2007, e ne individua il ruolo di ausilio alle imprese nell’individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

La riformulazione e razionalizzazione dell’apparato sanzionatorio (amministrativo e penale) ha mantenuto la linea di tradizionale accorpamento delle sanzioni, in regime di pena alternativa (arresto o ammenda) in fasce di gravità omogenea differenziata (modulate secondo il parametro della gravità oggettiva, non disgiunto dalla qualifica dell’autore del reato), privilegiando –a fronte della corposità del testo- l’accorpamento delle sanzioni in coda a ciascun Titolo del Testo Unico. Tra le violazioni ascritte al solo datore di lavoro, rientrano l’omessa valutazione dei rischi o la valutazione incompleta, nonché l’omessa salvaguardia della salute della popolazione e delle esigenze di tutela ambientale. Per le imprese ad alto rischio e per le attività edili e/o di ingegneria civile c.d. “soprasoglia”, il regime sanzionatorio è più severo ed esclusivamente detentivo (arresto da 6 a 18 mesi). Il regime sanzionatorio è attenuato (sanzione pecuniaria) se la valutazione dei rischi presenta profili di incompletezza di minor rilievo, ovvero se la valutazione abbia luogo by-passando il modello

compartecipativo/consultivo aziendale, ovvero in caso di omesso aggiornamento della valutazione nei casi previsti. Il datore di lavoro, il dirigente, il preposto, i lavoratori, e tutti gli altri soggetti del sistema di sicurezza aziendale (ivi compresi i componenti dell'impresa familiare, i lavoratori autonomi, i piccoli imprenditori e i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo), rispondono autonomamente *iure proprio* per tutta una serie di violazioni attinenti al loro statuto funzionale, in regime di pena tendenzialmente alternativa (arresto o ammenda), graduata mediante la tecnica dell'accorpamento per fasce sanzionatorie. E' prevista anche un'area di illiceità amministrativa, di natura residuale, secondo le indicazioni della legge-delega, anch'essa graduata per fasce sanzionatorie.

E' stata confermata per l'INAIL, rispetto alle indicazioni dell'art. 2 della legge n. 123/2007, di costituirsi parte civile nei processi per i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, nonché il riconoscimento alle organizzazioni sindacali e alle associazioni dei familiari delle vittime, di poter esercitare i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dagli artt. 91 e 92 CPP.

I TITOLI SECONDO-UNDICESIMO

I Titoli "secondo-undicesimo" del Testo Unico (artt. 62-297) e gli Allegati di riferimento (IV-LI) costituiscono la parte preponderante dell'intervento di "riassetto" delle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza, con riguardo ai luoghi di lavoro (artt. 62-68); alle attrezzature di lavoro e ai dispositivi di protezione individuale (artt. 69-87); ai cantieri temporanei o mobili (artt. 88-160); alla segnaletica di salute e sicurezza sul lavoro (artt. 161-166); alla movimentazione manuale dei carichi (artt. 167-171); alle attrezzature munite di videoterminali (artt. 172-179); agli agenti fisici (artt. 180-220); alle sostanze pericolose (artt. 221-265); agli agenti biologici (artt. 266-286); alle atmosfere esplosive (artt. 287-297). Si tratta, in linea generale (fatta eccezione per l'esposizione a campi elettromagnetici e per le radiazioni ottiche artificiali), della trasposizione di norme già presenti nell'ordinamento giuridico prevenzionistico, in relazione alle quali l'unica valutazione di carattere generale possibile in questa sede è quella che attiene alla riformulazione dell'apparato sanzionatorio.

IL TITOLO DODICESIMO

Il Titolo dodicesimo contiene una serie di disposizioni in materia penale e di procedura penale, le quali sono o la riproduzione di principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 298: principio di specialità), seppure di indubbia utilità ai fini della riunificazione di precetti e sanzioni; ovvero costituiscono recepimento di orientamenti Giurisprudenziali consolidati (art. 299: esercizio di fatto di poteri direttivi); o introducono una clausola di generale applicabilità del D.Lgs. n. 758/94 (art. 301). Sul piano sostanziale si segnala la

riformulazione dell'art. 25-septies del D.Lgs. n. 231/2001, il quale, nella versione introdotta dall'art. 9 della legge n. 123/2007, aveva suscitato non pochi dubbi di costituzionalità sotto il profilo della proporzionalità sanzionatoria. Processualmente è stato poi introdotto un meccanismo –peraltro macchinoso e di discutibile funzionalità pratica- di definizione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto (art. 302), nonché una circostanza attenuante di carattere generale collegata ad una sorta di "ravvedimento operoso" (art. 303).

LE NORME TRANSITORIE E FINALI

Il regime delle abrogazioni è stato concepito "a doppio binario": alcune abrogazioni esplicite, e per il resto il ricorso al criterio dell'abrogazione tacita per incompatibilità. Troppo poco per un intervento riformatore di così vasta portata, seppur contraddistinto da tempi di approvazione molto stretti.

Quanto all'entrata in vigore delle nuove norme, fatta eccezione per quelle in tema di esposizione a campi elettromagnetici e a radiazioni ottiche artificiali, il termine di *vacatio legis* dovrebbe essere quello ordinario (15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), salvo che per le "disposizioni di cui agli articoli 17, comma 1, lettera a) e 28, nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie", per le quali il termine di efficacia è stabilito "decorsi novanta giorni" dalla pubblicazione in G.U..

CONCLUSIONI

Molte le critiche che si potrebbero muovere al nuovo Testo Unico della sicurezza sul lavoro, sia sotto il profilo dei contenuti (tante le normative escluse), che della tecnica di redazione delle norme: mi sembra preferibile fare menzione della possibilità per il (nuovo) Governo di emanare, nel termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del "TUSIC", le necessarie "disposizioni integrative e correttive"; valutando altresì che tanto l'art. 5 della Legge Comunitaria per l'anno 2006, quanto l'art. 5 della Legge n. 34/2008 (Legge Comunitaria per l'anno 2007) hanno, parallelamente alla legge n. 123/2007, conferito delega al Governo per l'adozione, rispettivamente entro il 4 settembre 2008 e il 21 settembre 2009, di testi unici (o codici di settore) delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le altre norme legislative vigenti nelle stesse materie, apportando le sole modificazioni necessarie a garantire la semplificazione e la coerenza logica, sistematica e lessicale della normativa.

A REGIME IL TESTO UNICO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO TRA D.LGS. N. 81/2008 E D.LGS. N. 106/2009

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore
– Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2008.



IL CAMPO DI APPLICAZIONE

Le disposizioni del Testo unico della sicurezza sul lavoro, varato con il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (di seguito denominato anche "TUSIC", a sua volta oggetto di modifiche e di integrazioni ad opera del recente D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106 - c.d. "TUSIC-bis") si applicano indifferentemente tanto al settore privato, quanto al settore pubblico. Questo principio c.d. di "circolarità" della sicurezza (per tale intendendosi l'applicazione con valenza trasversale delle varie normative ai vari settori della vita associata), che non consente aree extraterritoriali esenti da tutela (sia pure tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative di alcuni settori particolari: ad es. Forze armate e di Polizia, soccorso pubblico, protezione civile, strutture giudiziarie e penitenziarie, istituti di istruzione universitaria, etc.), e che era già contenuto nel D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (art. 1, comma 1), si può dire che corrisponda ad uno "standard" concettualmente e normativamente omogeneo. Del resto l'esigenza di uno statuto normativo unico è conseguenziale all'assetto della normativa comunitaria in tema di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro, i cui atti, adottati dal Consiglio europeo, trovano il loro riferimento fondamentale nel Trattato istitutivo CEE, e nella Dir. 12 giugno 1989, n. 89/391/CEE (Direttiva-quadro) che dal primo ha tratto origine. Ne deriva che anche la legislazione degli Stati membri, tra cui l'Italia, non può che poggiare su questo corpo normativo che ne costituisce nucleo di riferimento e, al tempo stesso, propulsore.

Anche il Testo unico della sicurezza sul lavoro (D.Lgs. n. 81/2008, art. 3, comma 1) ha confermato tale impostazione di base relativa al campo di applicazione della normativa prevenzionistica e di igiene del lavoro, con ciò dando attuazione ad uno dei principi e criteri direttivi generali contenuti nella legge-delega 3 agosto 2007, n. 123/2007. (v. Tabella 1)

Tabella 1

L. n. 123/2007
Art. 1, comma 2, lett. b)
b) applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro a tutti i settori di attività e a tutte le tipologie di rischio, anche tenendo conto delle peculiarità o della particolare pericolosità degli stessi e della specificità di settori ed ambiti lavorativi, quali

quelli presenti nella pubblica amministrazione, come già indicati nell'articolo 1, comma 2, e nell'articolo 2, comma 1, lettera b), secondo periodo, del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni, nel rispetto delle competenze in materia di sicurezza antincendio come definite dal decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139 [5, 6], e del regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, nonché assicurando il coordinamento, ove necessario, con la normativa in materia ambientale;

IL CONTESTO DEFINITORIO

Il contesto definitorio preliminare è collocato all'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2008, e risponde all'esigenza di una contestualizzazione del linguaggio -il che deriva dal testo delle stesse Direttive comunitarie, le quali pure sono caratterizzate da un contesto definitorio iniziale, a significare la rilevanza dell'autonomia del contesto definitorio in questo particolare settore del diritto penale del lavoro.

Tra le molte definizioni del Testo Unico, è innovativa quella di "lavoratore", in quanto svincolata dalla tipologia contrattuale e dall'elemento della retribuzione, e agganciata funzionalmente all'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato. Recependo poi consolidati orientamenti Giurisprudenziali e di prassi, è stato ricompreso nell'area del lavoro subordinato per equiparazione il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso; l'associato in partecipazione; il soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui alla legge n. 196/97 ed alle specifiche disposizioni delle leggi regionali; i lavoratori socialmente utili. Molte sono le definizioni formulate *ex novo*: "azienda", "dirigente", "preposto", "sorveglianza sanitaria", "salute", "responsabile del servizio di prevenzione e protezione", "addetto al servizio di prevenzione e protezione", "valutazione dei rischi", "pericolo", "rischio", "norma tecnica", "buone prassi", "linee guida", "formazione", "informazione", "addestramento", "organismi paritetici", "Responsabilità sociale delle imprese". Di particolare rilievo la definizione di "modello di organizzazione e di gestione", allineato alle disposizioni della legge n. 231/2001.

Ancora, l'esplicito inserimento, nella definizione di «prevenzione», dei concetti di «particolarità del lavoro», «esperienza» e «tecnica», mutuati dall'art. 2087 del Codice civile, fa sì che il contenuto di tale norma (definita tuttora unanimemente dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza quale norma di «chiusura» del sistema prevenzionistico) sia ora riferibile all'intero campo di applicazione del "TUSIC", a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato *stricto sensu* inteso.

Si può dunque concludere che la necessità di autoreferenzialità del diritto penale del lavoro, appare solidamente agganciata, nel Testo Unico della sicurezza, all'ampiezza del contesto definitorio iniziale dell'art. 2 del decreto.

I SOGGETTI/ATTORI DELLA PREVENZIONE

La normativa di prevenzione ha da sempre differenziato i livelli soggettivi della responsabilità penale, distinguendo da un lato la figura dei datori di

lavoro e dei dirigenti, e dall'altro quella dei preposti, quali soggetti primariamente debitori dell'obbligo di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro. Il meccanismo di ripartizione soggettiva delle responsabilità è legato alla caratterizzazione dei rispettivi profili funzionali, i quali necessariamente interagiscono nell'ambito dell'attività lavorativa di impresa. Se il Datore di lavoro è colui che innegabilmente "esercita" l'attività di impresa, la qualifica prevenzionistica di Dirigente e di Preposti discende dalla posizione assunta all'interno delle singole aziende o enti, essendo essi da ritenersi destinatari *iure proprio a titolo originario* dell'osservanza dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega ad hoc. Insomma, anche in assenza di delega, è il fenomeno della ripartizione delle competenze interne all'impresa che determina l'assunzione a titolo originario della qualifica prevenzionistica in capo ai soggetti indicati nell'organigramma aziendale. Deve dunque respingersi la tesi in base alla quale, senza una valida delega di funzioni, non possa sorgere nessuna responsabilità nè del dirigente, nè del preposto: al contrario, i collaboratori del datore di lavoro sono, al pari di quest'ultimo, da considerare, per il fatto stesso di essere inquadrati come dirigenti o preposti e, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, destinatari dell'osservanza dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega *ad hoc*. Questo principio di "scalettamento" delle responsabilità comporta che l'estensione dell'area di esposizione alla responsabilità va correlata, per i Dirigenti prevenzionistici, al complesso delle "attribuzioni e competenze ad essi conferite", e per i Preposti, alla "posizione" ricoperta in seno all'organizzazione aziendale; situazioni entrambe desumibili anche solo -e in via concettualmente prioritaria- dall'esame dell'organigramma generale aziendale, ovvero dallo statuto giuslavoristico insito nel contratto di lavoro.

Tale sistema di ripartizione delle competenze funzionali inerenti al modello organizzativo del lavoro nelle imprese (Cass. pen. sez. IV, 20 dicembre 2007, n. 47173: *"L'accertamento della qualità di destinatario delle norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, va compiuto in concreto con riferimento alle mansioni svolte e alla specifica sfera di responsabilità attribuita. Il richiamo alla delega di funzioni non è pertinente, poichè se da un lato il sistema prevede che il datore possa delegare la maggior parte delle funzioni che attengono alla sua sfera di responsabilità, dall'altro lato esso non richiede che i singoli soggetti individuati quali dirigenti e quali preposti ai sensi di legge, debbano essere muniti di una delega ad hoc ai fini dell'assunzione della responsabilità che la legge demanda loro. Tale sfera di responsabilità è infatti autonomamente conformata sul ruolo istituzionale che essi svolgono, secondo le rispettive attribuzioni e competenze, nell'ambito dell'organizzazione di impresa"*) risulta sostanzialmente riconfermato nel D.Lgs. n. 81/2008 (Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro, di seguito denominato anche "TUSIC"). In particolare, dalla lettura combinata degli artt. 2, 18, 19 e 299 del TUSIC, si ricava ancor oggi che il principio di "scalettamento" delle responsabilità, già espresso nell'art. 1, comma 4-ter del D.Lgs. n. 626/94, è

rimasto invariato anche nel D.Lgs. n. 81/2008, sia pure concettualmente frazionato nell'alinea degli artt. 18 e 19 (v. Tabella 2).

Tabella 2

D.Lgs. n. 812008
Art. 18 - Obblighi del datore di lavoro e del dirigente
1. Il datore di lavoro, che esercita le attività di cui all'articolo 3, e i dirigenti, che organizzano e dirigono le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite , devono: (omissis)
Art. 19 - Obblighi del preposto
1. In riferimento alle attività indicate all'articolo 3, i preposti, secondo le loro attribuzioni e competenze , devono: (omissis)

Tale principio di "scalettamento" **rimane tuttora l'unico criterio e possibile chiave di lettura**, per l'attribuzione dei profili di responsabilità; è chiaro, peraltro, che anche oggi il criterio generale di riscontro è quello c.d. di "effettività" nell'esercizio dei poteri (dai quali le funzioni discendono e sono manifestazione), indipendentemente e finanche oltre il mero dato formale del possesso di una qualifica prevenzionistica.

LA VALUTAZIONE DEI RISCHI

Il Testo unico della sicurezza sul lavoro ha configurato l'attività di valutazione dei rischi professionali, della quale il Documento di valutazione (DVR) costituisce, nelle aspettative del legislatore, la sintesi più efficace, in maniera più articolata rispetto al D.Lgs. n. 626/94, apportando significativi cambiamenti.

Il legislatore delegato, recependo il condivisibile orientamento Giurisprudenziale per il quale esiste una distinzione concettuale tra la valutazione dei rischi intesa come "attività" e la sua cartolarizzazione nel DVR (Cass. pen. sez. III, 3 agosto 2005, n. 29229: *"Non bisogna confondere la valutazione del rischio dallo specifico documento che lo formalizza"*), ne ha esplicitamente disciplinato l'oggetto all'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2008 (vedi Tabella 3: in grassetto sono evidenziate le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 106/2009)

Tabella 3

D.Lgs. n. 81/2008
Art. 28
Oggetto della valutazione dei rischi
1. La valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.

1-bis. La valutazione dello stress lavoro-correlato di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto delle indicazioni di cui all'articolo 6, comma 8, lettera m-quater, e il relativo obbligo decorre dalla elaborazione delle predette indicazioni e comunque, anche in difetto di tale elaborazione, a far data dal 1° agosto 2010

2. Il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), redatto a conclusione della valutazione **può essere tenuto, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 53 del decreto, su supporto informatico e, deve essere munito anche tramite le procedure applicabili ai supporti informatici di cui all'articolo 53, di data certa o attestata dalla sottoscrizione del documento medesimo da parte del datore di lavoro nonché, ai soli fini della prova della data, dalla sottoscrizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e del medico competente, ove nominato** e contenere:

- 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. **La scelta dei criteri di redazione del documento è rimessa al datore di lavoro, che vi provvede con criteri di semplicità, brevità e comprensibilità, in modo da garantirne la completezza e l'idoneità quale strumento operativo di pianificazione degli interventi aziendali e di prevenzione;**
- b) l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati, a seguito della valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a);
- c) il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;
- d) l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri;
- 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;
- f) l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento.

3. Il contenuto del documento di cui al comma 2 deve altresì rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto.

3-bis. In caso di costituzione di nuova impresa, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare immediatamente la valutazione dei rischi elaborando il relativo documento entro novanta giorni dalla data di inizio della propria attività.

Quanto al merito, va evidenziato in primo luogo che il Testo Unico ha introdotto *ex novo* la definizione dell'attività di valutazione dei rischi [art. 2, comma 1, lett. q)], intendendo per tale la *"valutazione dei rischi: valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza"*.

Ora, il concetto di valutazione "globale" dei rischi –scritto a chiare lettere, in aderenza sia al dettato della Direttiva comunitaria 89/391/CEE [art. 6, n. 3, lett. a)] sia alle inequivoche indicazioni contenute nella Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 15 novembre 2001 (Causa n. C-49/00), con la quale l'Italia è stata condannata per non avere *"prescritto che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza esistenti sul luogo di lavoro"* (situazione questa poi corretta con la modifica dell'art. 4, comma 2 del D.Lgs. n.

626/94 ad opera dell'art. 21, comma 2 della legge 1° marzo 2002, n. 39 (Legge comunitaria 2001), è stato ulteriormente accentuato, mediante la sua estensione anche ai rischi *"connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro"*. Si riafferma in questo modo l'imperativo categorico della c.d. *"individualizzazione"* della prevenzione: l'organizzazione datoriale di lavoro deve risultare sensibile e cedevole finanche rispetto alle esigenze di tutela di singoli lavoratori, qualora soggetti, in relazione alla fisionomia del rapporto contrattuale, a rischi peculiari.

Quanto alla valutazione dello stress lavoro-correlato, è tutto (ancora una volta) rinviato alle indicazioni che elaborerà la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro (in difetto di tali indicazioni, la nuova scadenza è fissata al 1° agosto 2010).

In secondo luogo il Documento di valutazione dei rischi (DVR), redatto a conclusione della valutazione (sulla cui tenuta si è aperta la chance dell'elaborazione informatica), deve avere *"data certa"*: essere cioè di evidenza oggettiva non solo nell' *"an"* e nel *"quomodo"*, ma anche nel *"quando"*. Peraltro, rispetto alle indicazioni originarie, il legislatore del D.Lgs. n. 106/2009 è intervenuto affiancando con valenza sostitutiva al requisito della data certa (ancora non chiarito quanto a modalità operative di conseguimento), quello della *"data attestata"* mediante il sistema della sottoscrizione del documento da parte del datore di lavoro, ulteriormente rafforzata, ai soli fini della prova della data, dalle successive *"controfirme"* di RSPP, RLS/RLST, MC (ove nominato). Resta fermo che tale requisito di data certa o attestata vale anche in relazione ad ogni successivo aggiornamento del DVR, imposto dall'art. 29, comma 3 del D.Lgs. n. 81/2008, conformemente al principio di *"dinamicità"* della sicurezza sul lavoro.

In terzo luogo, va sottolineato che i contenuti del DVR appaiono ora molto più onerosi, sia sotto il profilo dell'esercizio dell'attività valutativa, sia per ciò che attiene all'obbligo di elaborazione del Documento. Tanto per fare un esempio che tenga conto dell'evoluzione della normativa, mentre l'art. 4, comma 2 del D.Lgs. n. 626/94 richiedeva la mera *"individuazione"* delle misure di prevenzione e di protezione e dei dispositivi di protezione individuale, l'art. 28, comma 2 del TUSIC impone ora la specifica indicazione delle misure di prevenzione e di protezione e dei DPI concretamente *"adottati"* a seguito della valutazione; conferendo in tal modo al DVR un profilo di immediata aderenza alla realtà aziendale. Su questa stessa falsariga di intenti, il D.Lgs. n. 106/2009 ha imposto che i criteri di redazione del DVR soddisfino gli obiettivi di *"semplicità"*, *"brevità"* e *"comprensibilità"*, di modo che il Documento intrinsecamente risulti strutturato quale *"strumento operativo di pianificazione degli interventi aziendali e di prevenzione"*, dunque indefettibilmente connotato da elementi direttamente gestionali e di concreta attuabilità.

Del tutto opportunamente è poi stata inserita una previsione [art. 28, comma 1-bis)] analoga a quella già contenuta nell'art. 96-bis del D.Lgs. n. 626/94 (sebbene non riprodotta nel testo originario del D.Lgs. n. 81/2008), la quale prevede che, in caso di costituzione di una nuova impresa, il datore di lavoro *"è tenuto ad*

effettuare immediatamente la valutazione dei rischi elaborando il relativo documento entro novanta giorni dalla data di inizio della propria attività". Come si vede, anche in questo caso il legislatore ha voluto tenere ben ferma la distinzione tra l'attività valutativa e quella di successiva elaborazione documentale. Analogamente, laddove significative modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro, o l'evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione, o il verificarsi di infortuni significativi, o i risultati della sorveglianza sanitaria, impongano l'immediata rielaborazione del DVR, improntata ad un principio di dinamicità, il decreto integrativo e correttivo ha previsto (art. 29, comma 3) che ciò deve avvenire nel termine di trenta giorni. Quanto all'obbligo della redazione dei Piani operativi di sicurezza nei cantieri edili (POS), anch'essi devono risultare conformi ai contenuti previsti dal TUSIC. Peraltro, dalla definizione di POS contenuta all'art. 89, comma 1, lett. h) del D.Lgs. n. 81/2008 (*"il documento che il datore di lavoro dell'impresa esecutrice redige, in riferimento al singolo cantiere interessato, ai sensi dell'articolo 17 comma 1, lettera a), i cui contenuti sono riportati nell'allegato XV"*) si ricava che il metodo valutativo (artt. 28 e 29) è il medesimo, compatibilmente con la diversità dei contenuti (All. XV). Ciò significa identità sia dei requisiti formali del Documento, sia dei criteri per la valutazione dei rischi e dei criteri redazionali *"semplicità", "brevità" e "comprensibilità"*. Il POS (al quale è stata estesa la disciplina che consente la redazione mediante procedure standardizzate, pur nel rispetto dell'art. 28 del TUSIC) dovrà pertanto contenere non solo il c.d. *"organigramma di sicurezza"*, ma anche *"le specifiche mansioni, inerenti la sicurezza, svolte in cantiere da ogni figura nominata allo scopo dall'impresa esecutrice"* (Allegato XV, Punto 3.2.1., lett. b) del D.Lgs. n. 81/2008).

Testo Unico della sicurezza sul lavoro: il contenuto dell'attività di valutazione dei rischi

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicista – Autore
– Articolo tratto dal **Quotidiano Il Sole 24 Ore** – Insetto L'Esperto risponde



Il D.Lgs. n. 81/2008, noto come Testo Unico della sicurezza sul lavoro (di seguito denominato anche "TUSIC"), ha apportato significativi cambiamenti all'attività di valutazione dei rischi aziendali, della quale il Documento di valutazione (DVR) costituisce, nelle aspettative del legislatore, la sintesi più efficace.

Recependo il condivisibile orientamento Giurisprudenziale secondo il quale esiste una distinzione concettuale tra la valutazione dei rischi intesa come "attività" e quella cartolarizzata nel DVR (Cass. pen. sez. III, 3 agosto 2005, n. 29229: "Non bisogna confondere la valutazione del rischio dallo specifico documento che lo formalizza"), il legislatore del 2008 ne ha esplicitamente disciplinato l'oggetto all'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2008 (vedi Tabella 1)

Tabella 1

D.Lgs. n. 81/2008 Art. 28
<p>(omissis)</p> <p>2. Il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), redatto a conclusione della valutazione, deve avere data certa e contenere:</p> <ul style="list-style-type: none">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;b) l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati, a seguito della valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a);c) il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;d) l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri;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;f) l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica

esperienza, adeguata formazione e addestramento.

Nella perdurante assenza di schemi legali di riferimento, già la Commissione parlamentare di inchiesta istituita dal Senato in data 23 marzo 2005, richiamava l'esigenza di fornire "strumenti per l'individuazione di pericoli e rischi e per azioni di prevenzione", anche attraverso linee guida di fonte pubblica, ad uso dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi. A tutt'oggi permane la difficoltà di individuare il limite della colpa ancorato al rispetto di parametri tecnici, considerato che la determinazione, da parte della Giurisprudenza, del criterio di imputazione della responsabilità colposa omissiva, si risolve ancora nella generale affermazione di principio secondo la quale all'agente è richiesto di "fare tutto il possibile per evitare l'evento" (in tal senso Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1990, Iannone; Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 1981, Vaira).

Peraltro le modalità e i contenuti dell'attività di valutazione dei rischi professionali durante il lavoro erano già stati oggetto della prima Circolare esplicativa del D.Lgs. n. 626/94 (Circ. Minlavoro 7 agosto 1995, n. 102 - vedi Tabella 2)

Tabella 2

Circ. Minlavoro 7 agosto 1995, n. 102 Decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626. Prime direttive per l'applicazione.
<p>2. Valutazione dei rischi (<i>estratto</i>)</p> <p>La valutazione del rischio è lo strumento fondamentale che permette al datore di lavoro di individuare le misure di prevenzione e di pianificarne l'attuazione, il miglioramento ed il controllo al fine di verificarne l'efficacia e l'efficienza; egli potrà confermare le misure di prevenzione già in atto, o decidere di modificarle, per migliorarle in relazione alle innovazioni di carattere tecnico od organizzativo sopravvenute in materia di sicurezza. La relazione sulla valutazione dovrà fornire indicazioni almeno sulle realtà operative, eventualmente articolate nei diversi ambienti fisici, illustrando gli elementi del ciclo produttivo rilevanti per l'individuazione e la valutazione dei rischi, lo schema del processo lavorativo, con riferimento sia ai posti di lavoro, sia alle mansioni ed ogni altro utile dato; sulle varie fasi del procedimento seguito per la valutazione dei rischi; sul grado di coinvolgimento delle componenti aziendali, con particolare riferimento al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza. I criteri adottati dovranno fornire indicazioni almeno sui pericoli e rischi correlati; sulle persone esposte al rischio prese in esame; sui riferimenti normativi adottati per la definizione del livello di riduzione di ciascuno dei rischi presenti; sugli elementi di valutazione usati in assenza di precisi riferimenti di legge (norme di buona tecnica, codici di buona pratica, ecc.). Relativamente alle indicazioni sulle misure di protezione e prevenzione definite, sarà opportuno illustrare gli interventi risultati necessari a seguito della valutazione, e quelli programmati per conseguire una ulteriore riduzione di rischi residui; le conseguenti azioni di informazione e formazione dei</p>

lavoratori previste; l'elenco dei mezzi di protezione personali e collettivi messi a disposizione dei lavoratori. Relativamente al programma di attuazione delle misure di prevenzione, sarà opportuno illustrare l'organizzazione del servizio di prevenzione e protezione; il programma per l'attuazione ed il controllo dell'efficienza delle misure di sicurezza poste in atto; il piano per il riesame periodico od occasionale della valutazione, anche in esito ai risultati dell'azione di controllo.

A seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 81/2008, due sono gli adempimenti nuovi, di importanza fondamentale, costituenti il contenuto del Documento di valutazione dei rischi: l'elaborazione dell' "Organigramma di sicurezza" e la "mappatura mansionale dei rischi specifici" [art. 28, comma 2, lett. d) ed f)].

ORGANIGRAMMA DI SICUREZZA

Si tratta di una sezione documentale del DVR con la quale si procede all'individuazione dei ruoli dell'organizzazione aziendale che debbono provvedere all'attuazione (intesa come esito di una procedura codificata) delle misure di prevenzione e di protezione. Secondo la previsione del TUSIC, ai suddetti ruoli dell'organizzazione aziendale devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri.

L'Organigramma di sicurezza costituisce l'espressione sintetica del modello aziendale di organizzazione del lavoro, funzionale all'attuazione degli obblighi previsti dalla normativa prevenzionistica e di igiene del lavoro.

MAPPATURA MANSIONALE DEI RISCHI SPECIFICI

Si tratta di una sezione documentale del DVR con la quale si procede all'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento. A valle di tale individuazione, gioca un ruolo fondamentale il rispetto dell'obbligo, posto in capo al datore di lavoro e ai dirigenti, di affidare i compiti ai lavoratori, tenendo conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza, e di informarli e formarli professionalmente in relazione ai rischi specifici cui sono esposti in relazione all'attività svolta (art. 18, comma 1, lett. c); 36 e 37 del D.Lgs. n. 81/2008).

In materia di appalti c.d. "interni" l'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008 è conferma del modello procedurale dell'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94, con la precisazione che la redazione del documento unico di valutazione dei rischi interferenziali (DUVRI) è obbligatoria anche nel caso in cui non sia possibile eliminare, ma solo ridurre al minimo tali rischi; e che la selezione del soggetto affidatario dei lavori deve avvenire mediante un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi. E' stata poi sancita la nullità dei contratti di subappalto, appalto e di somministrazione del settore privato (esclusa la somministrazione

di beni e servizi essenziali) privi della specifica indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro. Per i contratti in essere, il termine ultimo è il 31 dicembre 2008, qualora essi siano ancora in corso a tale data (per quelli aventi scadenza anteriore, il regime è di esonero). Per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono state recepite le disposizioni già contenute nella legge n. 123/2007 (art. 8).

Il Testo Unico ribadisce il modello partecipativo, sinergico, consultivo, collaborativo, dialettico nell'attività di valutazione dei rischi da parte dei soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale (già contenuto all'art. 4, comma 6 del D.Lgs. n. 626/94), nonché la dinamicità intrinseca dell'attività valutativa, ancorata non più solo alle significative modifiche a fini prevenzionistici del processo produttivo, ma anche a quelle attinenti all'organizzazione del lavoro, all'evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione, agli esiti della sorveglianza sanitaria e alla tipologia infortunistica aziendale. L'attività di valutazione dei rischi deve riguardare tutte le tipologie di rischio professionale (c.d. valutazione "globale"), e ha come oggetto anche altre scelte rilevanti sul piano prevenzionistico e dell'organizzazione del lavoro (scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, e sistemazione dei luoghi di lavoro). Il conferimento al documento di valutazione del requisito della certezza di data vale, ovviamente, non solo quale obbligo iniziale, bensì in occasione di ogni successivo aggiornamento documentale, il che corrisponde al principio generale di "dinamicità" della sicurezza sul lavoro.

Deve segnalarsi la previsione dell'art. 4, comma 2-bis del disegno di legge di conversione del D.L. n. 97/2008, approvato dal Senato lo scorso 15 luglio e ora all'esame della Camera dei Deputati, il quale prevede lo slittamento degli obblighi in tema di valutazione dei rischi, e delle relative disposizioni sanzionatorie, "a decorrere dal 1° gennaio 2009".

L'AREA DATORIALE DI LAVORO NEL TESTO UNICO DELLA SICUREZZA

di **Pierguido SOPRANI** – Avvocato – Pubblicista – Autore
— Articolo tratto dalla Rivista *Ambiente&Sicurezza*, *Il Sole 24 Ore* Ed., 2009.



Domanda: La nozione di datore di lavoro prevenzionistico contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 81/2008 si differenzia rispetto a quella contenuta nel D.Lgs. n. 626/94? In seno alla medesima organizzazione di lavoro, la qualifica di datore di lavoro prevenzionistico può essere o risultare attribuita ad una pluralità di soggetti?

Risposta: La nozione di Datore di lavoro prevenzionistico è stata introdotta, per la prima volta, dall'art. 2, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 626/94, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 242/96. Nell'ambito del preliminare contesto definitorio, e della consueta *categorializzazione* dei soggetti destinatari degli obblighi di sicurezza e di salute, il legislatore ha identificato il Datore di lavoro come *“il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'organizzazione dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva, quale definita ai sensi della lettera i), in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa”*. Gli indici di riconoscimento dell'innovativa definizione di Datore di lavoro *“ai fini della sicurezza”* sono minimalmente due: uno di carattere formale (ricondotto alla titolarità del rapporto di lavoro con il lavoratore) ed uno di natura sostanziale (ancorato al concetto di responsabilità, a sua volta modulato sugli indici di autonomia-potere a) decisionale e b) di spesa).

Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro, emanato con il D.Lgs. n. 81/2008, ha confermato tale definizione: sebbene ancorandola alla responsabilità dell'organizzazione di lavoro (non più dell'impresa), ed alla indefettibile condizione che la titolarità dei poteri decisionali e di spesa sia verificata, secondo il principio di effettività, in termini di suo concreto *“esercizio”* (v. Tabella 1).

Tabella 1

D.LGS. N. 81/2008
Art. 2
b) «datore di lavoro»: 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 <u>esercita</u> i poteri decisionali e di spesa.

Disancorata concettualmente -e definitivamente - dall'omologa e "pregiudiziale" nozione di ambito civilistico, contenuta negli artt. 2082 e ss. del Codice civile, la definizione di Datore di lavoro prevenzionistico ha una fisionomia tripartita: a) formale; b) sostanziale con delega organizzativa di funzioni (a favore di un dirigente dell'impresa, ovvero di persona estranea); c) sussistente sul piano meramente fattuale (d.c. Datore di lavoro "di fatto"), ricavabile dall'espressione avverbiale "*comunque*", conformemente alle indicazioni della Giurisprudenza (Cass. pen., sez. IV, 20 gennaio 1998, Cichetti: è Datore di lavoro "*Chiunque, in qualsiasi modo, abbia assunto posizione di preminenza rispetto ad altri lavoratori, così da poter loro impartire ordini, istruzioni o direttive sul lavoro da eseguire*").

Ora, dal punto di vista funzionale, la nozione di Datore di lavoro prevenzionistico risulta correlata all'"esercizio" dell'attività sulla quale incombe il dovere di sicurezza; ed è innegabile che l'esercizio di una attività è effettivamente il modo normale per esserne titolari. Peraltro una cosa è la definizione di Datore di lavoro civilisticamente intesa, altra cosa quella di Datore di lavoro "ai fini della sicurezza": essendo solo quest'ultima, in applicazione del noto principio c.d. della "*autonomia del contesto definitorio*" (art. 2 del D.Lgs. n. 81/2008), che rileva ai fini dell'applicazione della normativa prevenzionistica e di igiene del lavoro. Dal che consegue che, mentre in sede civile, il Datore di lavoro (inteso quale soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore) si identifica *ex se* con il legale rappresentante (cioè con il soggetto capace e legittimato ad esprimere la volontà dell'organizzazione di lavoro di appartenenza), ciò non avviene in sede penale; per meglio dire, non sempre il Datore di lavoro del Codice civile (legale rappresentante) corrisponde con il soggetto qualificabile come Datore di lavoro prevenzionistico. Questo, in buona sostanza, il senso e il significato del contesto definitorio preliminare -resi inequivocabili nell' "*incipit*" dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2008 (Definizioni: "*Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per...*"): contesto definitorio che si caratterizza proprio per la sua autoreferenzialità, ossia per la assoluta autonomia concettuale dagli altri settori del diritto.

Mentre nelle imprese individuali il rappresentante legale è di regola al tempo stesso Datore di lavoro sia in senso civilistico che ai fini della normativa di prevenzione, la *questio iuris* si pone in tutti i casi in cui il datore di lavoro assume una dimensione collettiva, nonché nell'ipotesi in cui esso partecipi della personalità giuridica della quale sia eventualmente titolare la società o l'ente di appartenenza. Infatti l'individuazione, tanto nelle società di persone, quanto nelle società di capitali e nelle organizzazioni (strutturate o meno in forma societaria) aventi personalità giuridica, dei soggetti responsabili dell'osservanza delle norme relative alla prevenzione degli infortuni ed all'igiene del lavoro, deve essere conciliato con il principio "*societas delinquere non potest*". Detto principio, che discende dal principio, di rango più elevato, della "personalità" della responsabilità penale, espresso nell'art. 27, comma 1 della Costituzione) è

tuttora vigente nell'ordinamento giuridico, seppur di recente parzialmente temperato con l'emanazione del D.Lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società, delle associazioni o enti privi di personalità giuridica.

Dunque, in queste realtà in cui la figura del datore di lavoro è strutturalmente complessa, non sempre si avrà identificazione del Datore di lavoro ai fini della sicurezza, con il legale rappresentante della società o dell'ente. Dovendosi infatti ancorare il fondamento della responsabilità penale (cui l'inosservanza della normativa prevenzionistica e di igiene espone) ad una persona fisica, sarà necessario individuare, in base alle regole che disciplinano la vita della persona giuridica privata o pubblica (legge, regolamento, atto costitutivo, statuto, delibere, verbali di assemblea e di Consiglio di amministrazione, etc.), quale sia la persona fisica che, immedesimandosi o meno in uno degli organi societari o dell'ente o della società, sia legittimata a manifestarne la volontà, ai fini della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

E se è pur vero che il compito di dotare l'impresa di apparati strumentali conformi alla normativa di diritto penale del lavoro inerisce "ex lege", in linea di principio, alla qualità di "legale rappresentante" (così Cass. pen., Sez. III, 17 ottobre 1984, Liebe), peraltro il ricorso al criterio della "rappresentanza legale" per l'attribuzione del profilo di responsabilità soggettiva, in conseguenza di condotte colposamente anti-giuridiche, è idoneo a ingenerare non una presunzione assoluta, bensì solo relativa ("iuris tantum") di responsabilità (Cass. pen., Sez. II, 25 novembre 1976, Lebole: "Se manca la ripartizione dei compiti, gli amministratori sono responsabili in quanto persone fisiche rappresentative della società datrice di lavoro e quindi soggetti primari della sicurezza" - Cass. pen., Sez. IV, 31 marzo 2006 (ud. 6/10/2005), n. 11358: *Nel caso in cui l'impresa abbia carattere di società e non sia possibile individuare gli organi tenuti a garantire la sicurezza del lavoro, la relativa responsabilità grava anche penalmente sui legali rappresentanti della società, perché costoro, ancorché non svolgono mansioni tecniche, sono pur sempre preposti alla gestione della società e s'identificano quindi con i soggetti primari destinatari delle norme antinfortunistiche*).

In linea generale si può dunque ritenere che tale responsabilità ricada:

- nelle **società in nome collettivo**, su tutti i soci (salva l'espressa rinuncia a poteri di amministrazione attiva);
- nelle **società in accomandita semplice** sul socio accomandatario;
- nell'**impresa familiare** di cui all'art. 230-bis del Codice civile in capo al titolare dell'impresa, cui sia riconducibile non solo la titolarità astratta, ma anche il concreto esercizio del potere di direzione sui familiari collaboratori e sugli eventuali dipendenti;
- nelle **società di capitali** sul soggetto che, o in base ad un atto interno della società (statuto, delibera di C.d.A o di assemblea) o in base al conferimento di un atto di delega organizzativa di ambito prevenzionistico, abbia la responsabilità in quanto correlata all'esercizio dei poteri decisionali e di spesa.

Lo scollamento concettuale tra le nozioni di legale rappresentante e di Datore di lavoro ai fini della sicurezza, è evidente con riguardo alle Amministrazioni pubbliche, ove di regola le due qualifiche appartengono a soggetti diversi (tant'è che art. 2, comma 1, lettera b), secondo periodo del D.Lgs. n. 81/2008 definisce del tutto **convenzionalmente** il datore di lavoro pubblico con "*...il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto a un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa*").

Vi è poi un altro principio che dovrebbe essere salvaguardato: quello della "unicità" del Datore di lavoro prevenzionistico con riferimento a ciascuna unità produttiva. Tale principio lo si desume in base alla previsione legislativa, all'art. 17 del D.Lgs. n. 81/2008, di un nucleo di adempimenti non delegabili (dunque necessariamente riconducibili alla medesima singola persona). Ciò ovviamente non vuol dire che la figura del Datore di lavoro non possa assumere, in concreto, una dimensione collettiva (come accade, ad es., per i Consigli di amministrazione delle società, o per le Snc con i soci in posizione paritaria); ma ciò non equivale ad una pluralità delle aree datoriali di lavoro prevenzionistiche, bensì ad una mera molteplicità dei soggetti/persone fisiche che ne fanno parte. Insomma, nonostante la dimensione collettiva dell'area datoriale di lavoro, il centro soggettivo di imputazione della titolarità dei poteri facenti capo all'area datoriale di lavoro -ed alla connessa area di esposizione alla responsabilità- rimane unico.

Dunque, tanto nell'ipotesi in cui la nozione di Datore di lavoro sia nozione "originaria" (coincidendo con quella civilistica di cui all'art. 2082 c.c.), quanto nell'ipotesi in cui essa sia nozione "derivata per delega" o "svolta in via di mero fatto", dovrebbe permanere l'unicità della figura del Datore di lavoro prevenzionistico -in relazione alla quale si collega lo scoglio insuperabile degli adempimenti non delegabili di cui al citato art. 17 del D.Lgs. n. 81/2008.

Nondimeno gli organigrammi societari non sempre risultano calibrati a tal fine: vi sono frequenti inconsapevoli situazioni di pluralità della nozione di DDL prevenzionistico:

- laddove contemporaneamente sussistano pieni poteri in capo sia al C.d.A. sia all'Amministratore delegato;
- laddove siano stati nominati più Amministratori delegati plenipotenziari;
- laddove non vi sia stata ripartizione di compiti tra i soci in posizione contitolare paritetica (ad es. di una Snc).

In siffatte situazioni, è necessario ridurre ad unità la figura del DDL prevenzionistico, al fine di evitare il permanere di situazioni di disfunzionalità operativa, e di accresciuto rischio di imputazione di responsabilità penali indesiderate. Invero, secondo le acquisizioni della Giurisprudenza (per tutte, v. Cass. pen. sez. III, 3 agosto 2005, n. 29229), la qualifica di datore di lavoro

prevenzionistico corrisponde ad una posizione di garanzia non delegabile né negoziabile, e in relazione alla quale non opera, conseguentemente, il c.d. "principio di affidamento". Ciò significa che, laddove sussista una situazione di pluralità (patologica) di DDL prevenzionistici, tutti ne rispondono paritariamente, *"trattandosi di reciproci obblighi primari e non delegabili"*.

La riduzione ad unità della figura del DDL prevenzionistico, nell'ambito della stessa organizzazione di lavoro, non sempre è possibile:

- a volte ciò dipende dal fatto che ciascun datore di lavoro risulta tale, in quanto preposto a singole "unità produttive", come definite dall'art. 2, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 626/94 (*"stabilimento o struttura finalizzata alla produzione di beni o servizi, dotata di autonomia finanziaria e tecnico funzionale"*);
- altre volte si tratta di una scelta consapevole di politica imprenditoriale-societaria, subordinata a prioritari assetti organizzativi.

Vi è, peraltro, un caso di fisiologica pluralità di aree datoriali di lavoro prevenzionisticamente intese: si tratta del settore pubblico, ove non a caso la Circ. Mininterno 17 dicembre 1996, n. 3 postula che *"l'individuazione anche di più funzionari quali «datori di lavoro» può risultare possibile"* (resta fermo, comunque, che il corretto adempimento dell'onere relativo alla salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori, comporta l'affidamento della necessaria dotazione finanziaria al funzionario responsabile, atteso che l'esercizio dei poteri gestionali deve essere indissolubilmente correlato all'attribuzione di autonomi poteri di spesa). Analogamente il D.M. 5 agosto 1998, n. 363 (Regolamento recante norme per l'individuazione delle particolari esigenze delle università e degli istituti di istruzione universitaria ai fini delle norme contenute nel decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni), esprimendo la valutazione che l'Università *"è costituita da un'aggregazione di strutture eterogenee - che risultano essere autonome con riferimento ad alcuni settori di attività, ma interdipendenti con riferimento ad altri - presso le quali svolgono la loro attività personale docente, ricercatore e personale tecnico ed amministrativo, ognuno sulla base delle specifiche attribuzioni e competenze; il personale, sia organicamente strutturato che non, spesso agisce anche in autonomia, sia organizzativo-gestionale che di risorse, tanto presso la propria struttura, quanto presso altre strutture; alcune università sono articolate in più sedi o poli; l'articolazione organizzativa delle attività universitarie è definita dai singoli statuti e, pertanto, assume peculiari connotazioni di specificità per ciascuna sede"*), perviene a riconoscere *"la difficoltà di poter individuare un unico datore di lavoro, in ragione della molteplicità delle attività istituzionalmente svolte, relative alla didattica, alla ricerca, all'assistenza, ai servizi ed all'amministrazione, della riconosciuta autonomia delle singole strutture e dei ricercatori, nonché della molteplicità delle "unità produttive" di riferimento"*.

Avviandoci alle conclusioni, va detto che la riduzione ad unità delle (plurime) aree datoriali di lavoro prevenzionistiche è un obiettivo che può essere perseguito -con il necessario supporto consulenziale di area legale- attraverso l'analisi degli organigrammi societari, l'individuazione delle aree funzionali

critiche, e la ridefinizione della linea discendente di espressione del potere prevenzionistico. Si tratta di un preliminare momento di valutazione strategica dell'assetto ottimale relativo ad una specifica organizzazione di lavoro. Solo calibrando le responsabilità al sistema di ripartizione del potere in azienda, è possibile pervenire all'obiettivo finale di ridurre soggettivamente l'esposizione dei soggetti obbligati.

DIRIGENTI E PREPOSTI NEL TESTO UNICO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore



— Articolo tratto dalla Rivista *Ambiente&Sicurezza*, *IlSole24Ore* Ed., 2008.

Domanda: Il nuovo Testo Unico in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro ha espressamente definito le figure di Dirigente e di Preposto prevenzionistico. In particolare si fa riferimento all'”incarico” ricevuto dal datore di lavoro. Ciò significa che è necessario il conferimento di una delega di funzioni?.

Risposta: La normativa di prevenzione ha da sempre differenziato i livelli soggettivi della responsabilità penale, distinguendo da un lato la figura dei datori di lavoro e dei dirigenti, e dall'altro quella dei preposti, quali soggetti primariamente debitori dell'obbligo di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro. Il meccanismo di ripartizione soggettiva delle responsabilità è legato alla caratterizzazione dei rispettivi profili funzionali, i quali necessariamente interagiscono nell'ambito dell'attività lavorativa di impresa.

Nel vigore del D.Lgs. n. 626/94 (abrogato con decorrenza 15 maggio 2008), i destinatari degli obblighi di sicurezza e di igiene del lavoro erano chiamati “iure proprio” a **titolo originario** a detta condizione: a ciò inequivocabilmente induceva la formula utilizzata per lo scalettamento degli obblighi, espressa dal legislatore al comma 4-bis dell'art. 1 del decreto, con la locuzione “... nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze ...” (v. Tabella 1);

Tabella 1

D.Lgs. n. 626/94
Art. 1
comma 4-bis. Il datore di lavoro che esercita le attività di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 e, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, i dirigenti e i preposti che dirigono o sovrintendono le stesse attività, sono tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente decreto.

proprio a significare che esistevano quote di responsabilità distinte ed originarie, connesse all'assolvimento dei correlativi obblighi, i quali obblighi a loro volta traevano legittimazione dal complesso dei poteri (espresso con l'endiade: “attribuzioni e competenze”) facenti capo a ciascuna categoria di soggetti.

Il sistema delle “attribuzioni” e delle “competenze”, distinte e distinguibili, faceva sì che la legislazione antinfortunistica e di igiene del lavoro, equiparasse di regola le figure del datore di lavoro e dei dirigenti, ponendo invece quella del

preposto su un differenziato - e più basso - livello di responsabilità. A questo riguardo va precisato che le "attribuzioni" sono quelle che, a titolo originario (*ex lege*) o a titolo derivato (atto di delega o in base al c.d. "principio di effettività"), misurano il complesso dei poteri -doveri facenti capo al soggetto, trasfusi nell'esercizio delle mansioni; le competenze, più che alle mansioni, devono essere invece riferite alla qualifica funzionale

In base a tale assetto si poteva affermare che non spetta al preposto l'adozione delle misure di prevenzione e di protezione, bensì ricade su di lui il solo dovere di vigilanza affinché dette misure, ove predisposte e adottate da parte del datore di lavoro e dei dirigenti, ricevano concreta attuazione nel modo più corrispondente alle disposizioni impartite dai vertici aziendali (c.d. vigilanza oggettiva sul luogo di lavoro).

Al dovere di vigilanza sull'attuazione degli obblighi e degli adempimenti di sicurezza e di igiene, conseguente alle funzioni di preposizione e di sovrintendimento del luogo di lavoro, si affiancava poi il dovere di pretendere la specifica osservanza da parte dei lavoratori (c.d. vigilanza soggettiva sul luogo di lavoro). Tale impostazione corrispondeva e corrisponde tuttora ad orientamenti giurisprudenziali assolutamente consolidati.

È dunque sul datore di lavoro e sui dirigenti che, nell'esercizio e nella direzione dell'attività d'impresa, incombe il dovere di attuazione degli obblighi e degli adempimenti di sicurezza e di salute, derivandone per i preposti, in via consequenziale, il dovere di una attività di generale sovrintendimento del luogo di lavoro. I parametri attuazione/vigilanza modellano i rispettivi profili soggettivi di responsabilità, delineando un regime di responsabilità tendenzialmente alternativo che, con formula sintetica ed efficace, viene correntemente chiamato sistema del "doppio binario" di responsabilità.

Questo regime di responsabilità alternativa trovava poi conforto nell'inquadramento sistematico operato a livello giurisprudenziale (Cass. pen., 23 febbraio 1999, Beltramelli; Cass. pen., 14 settembre 1991, Celadon; Cass. pen., 6 luglio 1988, Chierici; Cass. pen., 5 novembre 1987, Grotti).

Secondo quanto disponeva il D.Lgs. n. 626/94 il dato di sintesi in tema di profili soggettivi di responsabilità, era che il criterio di ripartizione dei compiti tra i soggetti (datore di lavoro, dirigenti, preposti) destinatari e gravati degli obblighi di sicurezza e di igiene andava individuato nel principio generale enunciato al citato art. 1, comma 4-bis del decreto. Il principio di "scalettamento" della responsabilità era la chiave principale di lettura per l'attribuzione e la ripartizione dei profili di responsabilità soggettiva degli obblighi prevenzionali e di igiene sui luoghi di lavoro, senza che fosse necessario il conferimento di una delega di funzioni.

Il sistema di ripartizione delle competenze funzionali inerenti al modello organizzativo del lavoro nelle imprese risulta sostanzialmente riconfermato nel D.Lgs. n. 81/2008 (Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro, di seguito denominato anche "TUSIC"). In particolare, dalla lettura combinata degli artt. 2,

18, 19 e 299 del TUSIC, si ricava ancor oggi che, nonostante la legislazione attuale sia finalmente pervenuta all'esplicita definizione delle qualifiche di "Dirigente prevenzionistico" e di "Preposto" (v. Tabella 2), e le abbia associate alla specificità di un "incarico" conferito dal Datore di lavoro, non può non condividersi la conclusione cui da tempo è pervenuta la Giurisprudenza, secondo la quale "tali qualità discendono dalla loro **posizione** assunta all'interno delle singole aziende o enti" (Cass. pen. sez. III, 15 aprile 2005, n. 14017).

Tabella 2

D.Lgs. n. 812008
Art. 2 Definizioni
<p>d) «dirigente»: persona che, in ragione delle competenze professionali e di 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;</p> <p>e) «preposto»: persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di 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;</p>

Secondo la Giurisprudenza, insomma, per "Dirigenti prevenzionistici" si intendono quei dipendenti che hanno il compito di impartire ordini ed esercitare la necessaria vigilanza, in conformità alle scelte di politica d'impresa adottate dagli organi di vertice che formano la volontà dell'ente (essi rappresentano, dunque, l'alter ego del "Datore di lavoro prevenzionistico", nell'ambito delle competenze loro attribuite e nei limiti dei poteri decisionali e – se necessari- di spesa loro conferiti); i Preposti sono invece coloro i quali vigilano sull'attività lavorativa degli altri dipendenti, per garantire che essa si svolga nel rispetto delle regole prevenzionistiche e di igiene del lavoro, e che sono all'uopo forniti di un limitato potere di impartire ordini ed istruzioni, di natura peraltro meramente esecutiva.

La precisazione necessaria alla luce del TUSIC è che i "Dirigenti prevenzionistici" derivano ancor oggi la loro qualifica direttamente dalla legge, in relazione al proprio statuto mansionale (desumibile dall'organigramma operativo), ed al livello di loro inserimento nell'organizzazione aziendale (c.d. attribuzione "iure proprio" a titolo originario), senza la necessità del conferimento di una delega di funzioni, la quale comporta l'assunzione dell'esposizione alla responsabilità in capo al soggetto delegato a **titolo derivato** (Cass. pen. sez. IV, 31 marzo 2006, n. 11351). Nondimeno, il Datore di Lavoro prevenzionistico può, mediante delega, attribuire a ciascun Dirigente prevenzionistico, la propria quota delegabile di esposizione alla responsabilità (nei limiti stabiliti dall'art. 1, comma 4-ter del D.Lgs. n. 626/94). In tal modo il Dirigente prevenzionistico, cumulando alla quota di esposizione alla responsabilità già derivante dal proprio statuto mansionale e dal livello di

inserimento nell'organizzazione aziendale, la quota ricevuta per delega dal Datore di Lavoro prevenzionistico, diventa, oltre che dirigente prevenzionistico "iure proprio", anche dirigente prevenzionistico "delegato".

La delega di funzioni costituisce insomma un mezzo di organizzazione gestionale che, in virtù della traslazione dell'esposizione alla responsabilità penale dal soggetto delegante al soggetto delegato, si risolve -come già detto- un meccanismo di assunzione della responsabilità a titolo derivato; laddove invece lo "scalettamento" delle attribuzioni e delle competenze desumibile dall'organigramma operativo, corrisponde ad un'assunzione della responsabilità che avviene a titolo originario. Dunque non è necessaria l'intermediazione di un soggetto terzo come il Datore di lavoro: in verità l'organigramma di sicurezza (il quale peraltro ora costituisce contenuto obbligatorio specifico del documento di valutazione dei rischi: art. 28, comma 2, lettera d) del TUSIC - v. Tabella 3), non è che l'esito di un percorso di "drenaggio concettuale" a muovere dall'organigramma generale (operativo); percorso -si badi- che non costituisce le posizioni di garanzia prevenzionistica delle figure Dirigenziali, ma -più limitatamente- le "individua" con attività meramente ricognitiva dell'assetto organizzativo aziendale (in caso contrario bisognerebbe a tacer d'altro ritenere -il che è inaccettabile- che, in difetto di "incarico" prevenzionistico e/o di elaborazione dell'organigramma di sicurezza, le posizioni di garanzia non sorgerebbero).

Tabella 3

D.Lgs. n. 812008
Art. 28 Oggetto della valutazione dei rischi
<p>comma 2. Il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), redatto a conclusione della valutazione, deve avere data certa e contenere:</p> <p style="text-align: center;"><i>(omissis)</i></p> <p>d) l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri;</p>

E' dunque confermata, anche nell'impianto del Testo Unico della sicurezza sul lavoro (al pari che nel D.Lgs. n. 626/94, sia pure con assetti generali diversi), e nell'ambito del nuovo modello di organizzazione del lavoro delineato dalla direttiva-quadro n. 89/391/CEE, la codificazione del principio di "scalettamento" delle responsabilità (nell'ambito del più generale sistema del "doppio binario" della sicurezza), come il solo in grado di coniugare efficacemente - e ragionevolmente - le attribuzioni e le competenze di ciascuno all'interno delle organizzazioni di lavoro aziendali (tanto più se complesse). In base a detto principio l'estensione dell'area di esposizione alla responsabilità va correlata, per i dirigenti prevenzionistici, al complesso delle "attribuzioni e competenze ad essi conferite", e per i preposti, alla "posizione" ricoperta in

seno all'organizzazione aziendale; situazioni entrambe desumibili anche solo -e in via concettualmente prioritaria- dall'esame dell'organigramma generale aziendale.

I NUOVI REQUISITI DELLA DELEGA DI FUNZIONI

di **Pierguido SOPRANI** – Avvocato – Pubblicista – Autore



– Articolo tratto dalla Rivista *Ambiente&Sicurezza*, Il Sole 24 Ore Ed., 2008.

Domanda: Il nuovo Testo Unico in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro ha disciplinato la delega di funzioni. Quali sono i cambiamenti apportati? Che cosa cambia sul piano delle responsabilità?

Risposta: L'esigenza di individuare le aree di responsabilità nel settore della prevenzione degli infortuni e dell'igiene nei luoghi di lavoro, risente del condizionamento derivante dal fenomeno -frequente nella realtà delle imprese- legato alla *ripartizione delle competenze*. Tale situazione determina infatti un intersecarsi di profili operativi e di competenze non sempre chiaramente districabili sotto il profilo della valutazione giuridica. Accade così che le violazioni traggono il più delle volte origine dalle condotte materiali di più soggetti, il che pone il problema della distinzione, attraverso un sottile processo di analisi, dei singoli profili di responsabilità. Nel settore pubblico le suddette problematiche sono viepiù accresciute dalla difficoltà di coniugare l'assetto delle responsabilità con l'esistenza di procedure di lavoro spesso complesse, frazionate sotto il profilo della competenza funzionale, e condizionate altresì dai principi che presiedono all'azione delle Pubbliche Amministrazioni.

Diventa così un'impresa di non facile soluzione quella tendente a dipanare, scomponendolo, il groviglio dei differenti piani di responsabilità all'interno delle organizzazioni di lavoro complesse. Tale azione tuttavia è tanto più necessaria se si considera che il profilo della responsabilità penale si connota, in base all'art. 27 della Costituzione, per la sua indefettibile "*personalità*".

Volendo concentrare l'analisi in ordine alla valutazione delle condizioni e dei limiti, nel rispetto dei quali sia lecito trasferire su altri soggetti una responsabilità, conseguente alla violazione di norme penali in materia di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro, che sarebbe propria, va detto che l'unico strumento che consente di operare questo trasferimento, è costituito dalla delega. L'istituto della delega, di creazione Giurisprudenziale, è stato recepito nel mondo del diritto facendo assumere rilevanza giuridica a quella condotta frequentissima, consistente nella ripartizione dei compiti e delle mansioni di lavoro. Ogni atto interno alla impresa che intenda ripartire le aree funzionali gravate del c.d. debito di sicurezza in modo diverso a quello legislativamente definito, se vuole conseguire l'obiettivo di trasferire anche la corrispondente area di esposizione alla responsabilità penale in capo ad un soggetto diverso da quello che, per legge, ne è il destinatario naturale, deve essere accompagnato o trasfondersi in un atto di delega.

La delega è, per l'appunto, l'unico strumento che consente di operare questo trasferimento di responsabilità: peraltro, affinché essa sia valida ed efficace, occorre che al soggetto delegato siano conferiti adeguati poteri attuativi, decisionali e gestionali della delega. Inoltre la Giurisprudenza richiede che la delega sia non solo certa e conoscibile (il che ne presuppone ragionevolmente il conferimento di regola con atto scritto), ma che riconosca al delegato la necessaria autonomia patrimoniale e finanziaria per l'attuazione degli obblighi e degli adempimenti imposti dalla normativa di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro.

Certezza e conoscibilità dell'atto di delega sono le condizioni minimali per la sua apprezzabilità e valutazione nel mondo del diritto; l'esistenza della delega rappresenta pertanto una condizione necessaria al trasferimento soggettivo della responsabilità penale; ma, al tempo stesso, è anche una condizione sufficiente a produrre tale effetto. Superando la disputa dottrinale e dogmatica se la delega costituisca solo una modalità di adempimento dell'obbligo di impedire eventi penalmente sanzionati gravante sul delegante (senza trasferimento della posizione di garanzia al delegato), ovvero produca la traslazione dell'obbligo giuridico sul soggetto delegato, ciò che deve essere messo in risalto -e che costituisce punto di partenza di qualsivoglia analisi e riflessione in materia- è che parlare di delega "*tout court*" non ha senso, giacché alla delega, affinché essa possa spiegare i suoi effetti, si richiede il soddisfacimento di determinati requisiti di efficacia.

In linea generale, sebbene per lungo tempo la Giurisprudenza si sia orientata in senso tendenzialmente contrario (tra le tante pronunce, Cass. pen. sez. IV, 26 agosto 1999, Bologna; Cass. pen. sez. IV, 16 marzo 1999, Meggiolaro; Cass. pen. sez. IV, 10 aprile 1998, Zambonin; Cass. pen. sez. III, 17 ottobre 1997, Prato; Cass. pen. sez. IV, 9 dicembre 1996, Briglienti; Cass. pen. sez. III, 27 maggio 1996, Zanoni e altri; Cass. pen. sez. III, 20 marzo 1996, Cattaneo), è giocoforza ammettere la legittimità e la possibilità di conferire la delega quale che sia la dimensione dell'impresa (anche se l'ipotesi di fatto più frequente -in quanto determinata e giustificata da condizioni strutturali ed organizzative che si impongono come tali- è quella che si ritrova nelle imprese di grandi e medio-grandi dimensioni). Tale soluzione interpretativa si ricavava proprio dal combinato disposto degli articoli 1, comma 4-ter e 4, comma 11 del D.Lgs. n. 626/94: atteso che il divieto (legislativamente codificato) alla possibilità di conferire la delega assume la medesima estensione indipendentemente dalla concreta dimensione dell'impresa. Tale inequivoca indicazione legislativa indica che l'area del divieto di delega corrisponde ad uno *standard* omogeneo nell'ambito del sistema prevenzionistico: ciò che importa, ai fini di un efficace conferimento di delega, è la sua effettività, non disgiunta dal conferimento di autonomia gestionale e finanziaria al delegato. E tale effettività deve risolversi "*nel concreto trasferimento di poteri decisionali in capo al delegato con l'attribuzione di una completa autonomia finanziaria e di gestione*" (Cass. pen. Sez. III, 23 giugno 2004, n. 28126; Cass. pen. sez. III, 29 novembre 2000, Buzzi).

Anche con riguardo al settore pubblico, la Corte di Cassazione (Sezione VI penale, 7 ottobre 2004, Beltrami e altro) ha confermato che la delega conferita al dirigente o al funzionario preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, assume valore solo qualora il soggetto delegato abbia la titolarità effettiva del potere gestionale, con attribuzione di autonomi poteri di spesa, e sempre che il soggetto delegante sia incolpevolmente estraneo alle inadempienze del delegato e non sia stato informato delle stesse, assumendo così un atteggiamento di inerzia e di colpevole tolleranza.

Ciò che, in ultima analisi, deve essere tenuto presente è che la ripartizione dei compiti all'interno dell'impresa non può -in nessun caso- attenuare il livello della tutela dei beni protetti, determinando *"uno scivolamento della responsabilità verso i quadri medio-bassi dell'organizzazione"* (così Cass. pen. Sez. III, 23 giugno 2004, n. 28126 cit.).

Sebbene la Giurisprudenza prevalente sia orientata nel senso di limitare la possibilità di delega alle imprese di grandi o rilevanti dimensioni o almeno di una certa consistenza (Cass. pen. sez. III, 26 maggio 1994, Del Maestro; Cass. pen. sez. III, 17 gennaio 2000, Natali; Cass. pen. sez. VI, 4 settembre 1997, Prenna; 08, Cass. pen. sez. III, 23 aprile 1996, Zanoni; Cass. pen. sez. IV, 18 maggio 2002, Fornaciari ed altro), tanto da ritenere sempre responsabile il datore di lavoro nell'impresa a conduzione familiare (in tal senso Cass. pen. sez. III, 15 luglio 1994, Galvagno), in una recente pronuncia (Cass. pen. sez. IV, 2 ottobre 2003, Gialanella) la prospettiva di valutazione è stata addirittura capovolta, essendosi ritenuto che, in strutture aziendali complesse, il difetto formale di delega con esplicita indicazione delle funzioni ed esplicita accettazione da parte del delegato, e può e deve essere temperato con la necessità di accertare, in concreto, *"l'effettiva situazione della gerarchia delle responsabilità all'interno delle posizioni di vertice, così da verificare la predisposizione, da parte del datore di lavoro di adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale"* (finendo così per svolgere una funzione sostitutiva della delega)

In ogni caso il criterio dimensionale dell'impresa non postula necessariamente l'esistenza di strutture di grandi dimensioni con pluralità di unità produttive, quanto *"la necessità di decentrare compiti e responsabilità, la quale non può escludersi, a priori, nelle piccole e medie aziende in considerazione della sempre maggiore complessità dell'attività produttiva dell'impresa moderna e della congerie di norme da osservare, che spesso richiedono il possesso di conoscenze tecniche specialistiche non comuni tali da imporre il ricorso ad esperti"* (così Cass. pen. Sez. III, n. 28126/2003 cit.) Occorre, peraltro, che la delega di funzioni sia giustificata *"da concrete esigenze di specializzazione nella divisione del lavoro e di razionalizzazione nell'attività produttiva"* (Cass. sez. III, 31 agosto 1993, Robba).

Tra gli altri requisiti della delega, quelli soggettivi vanno individuati nella capacità ed idoneità tecnica del soggetto delegato (da verificare con giudizio *"ex ante"*: cfr. Cass. pen. sez. III, 27 gennaio 2003, Landi e Cass. pen. sez. III, 1° luglio 1998, Botarelli), nella mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato, e nel divieto di ingerenza da parte del

delegante nell'attività del delegato, fermo restando l'obbligo di vigilanza del primo sul secondo.

L'obbligo di vigilanza, poi, va temperato con il divieto di non ingerenza: quest'ultima si risolve o nella mancanza *ab origine* dei requisiti che avrebbero legittimato la delega, oppure nella compartecipazione del delegante allo svolgimento dei compiti del delegato, mediante comportamenti univoci, che ne limitino l'autonomia operativa. L'obbligo di vigilanza incontra peraltro un limite invalicabile nell'esigibilità del comportamento, giacché, altrimenti, attraverso la c.d. "culpa in eligendo" in ordine alla capacità professionale del delegato ed "in vigilando" sul suo operato, si giungerebbe ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva del titolare. A questo riguardo dee quindi logicamente ritenersi -secondo l'opinione espressa dalla già più volte citata pronuncia di Cass. pen. Sez. III, n. 28126/2003- che l'obbligo di sorveglianza "è limitato all'ambito delle attribuzioni conferite al delegato ed incontra un limite invalicabile nel principio di esigibilità, modulata sulla base della tipologia e delle dimensioni dell'impresa". E' dunque necessario "distinguere tra i vari tipi di contestazione elevata con riferimento a quella burocratica - formale, agli obblighi manutentivi, di conduzione e di funzionamento degli impianti ed alle carenze strutturali".

Perché possa spiegare i suoi effetti si richiede che la delega soddisfi, come già detto, determinati requisiti di efficacia, storicamente elaborati dalla Giurisprudenza.

Con l'art. 16 del nuovo Testo Unico della sicurezza sul lavoro (di seguito denominato anche "TUSIC"), per la prima volta il legislatore è intervenuto a disciplinare positivamente l'istituto della delega di funzioni (v. Tabella 1)

Tabella 1

Testo Unico della sicurezza sul lavoro
Articolo 16
Delega di funzioni
<p>1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) che essa risulti da atto scritto recante data certa; b) che il delegato possenga 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 <p>2. Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.</p> <p>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. La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4.</p>

Come si vede, nel Testo Unico si è ritenuto di esplicitare quali "limiti e condizioni" della delega il principio di "scrittura"; il principio di "certezza"; il

principio di “specificità” della delega; il principio della “assenza di colpa in eligendo”; il principio di “effettiva titolarità del potere”; il principio della “autonomia patrimoniale”; il principio di “consapevolezza” in capo al soggetto delegato, ancorato alla condizione dell’accettazione scritta; il principio della “assenza di colpa in vigilando” (collegato ai sistemi di verifica e controllo ancorati al modello di organizzazione e di gestione aziendale). Non è stato invece inserito alcun riferimento al divieto di ingerenza del delegante, né è stata recepita l’indicazione Giurisprudenziale della perdita di efficacia della delega, qualora il soggetto delegante –indipendentemente dalla pur doverosa predisposizione di un sistema collaterale di controllo e di verifica periodica della attività del soggetto delegato- venga a conoscenza della inefficienza del delegato (c.d. principio di “non connivenza” o di “acquiescenza”). Molte invece sono le pronunce della Suprema Corte sul tema, di censura delle condotte del datore di lavoro, concretatesi in una colpevole inerzia rispetto a situazioni antiggiuridiche conosciute o conoscibili (Cass. pen. sez. III, 13 gennaio 1999, Moffa; Cass. pen. sez. III, 28 luglio 2000, Philippe; Cass. pen. sez. III, 15 gennaio 2001, Bonghi e altro; Cass. pen. sez. III, 7 agosto 2001, Figlia; Cass. pen. sez. III, 20 febbraio 2002, Mazzei). Da ultimo Cass. pen. sez. III, 12 giugno 2007, n. 22843, Finestra Ajmone, ha ritenuto la responsabilità penale del sindaco “o per la mancata predisposizione delle relative risorse, essendo quello della sicurezza un’esigenza prioritaria, ovvero qualora risulti che fosse a conoscenza della situazione antiggiuridica ed abbia omesso di provvedere senza giustificazione”. Quanto all’obbligo di dare alla delega adeguata e tempestiva pubblicità, trattandosi di norma non rientrante nei “limiti e condizioni” del comma 1 dell’art. 16 del Testo Unico, e per di più sfornita di sanzione penale per il caso di inosservanza, finisce per risolversi in una norma di valenza organizzativa più che precettiva in senso stretto.

In ultima analisi, la disciplina legislativa della delega di funzioni non modifica il profilo generale dell’istituto, né supera l’antica disputa dottrinale e dogmatica se la delega costituisca solo una modalità di adempimento dell’obbligo di impedire eventi penalmente sanzionati gravante sul delegante (senza trasferimento della posizione di garanzia al delegato), ovvero produca –come è l’opinione maggioritaria- la traslazione dell’obbligo giuridico sul soggetto delegato. A nostro parere l’attuale disciplina, condizionata dal diritto positivo, appare *limitativa rispetto alle caratteristiche dell’istituto, compiutamente definibili con caratteristiche di flessibilità, dinamicità, evoluzione solo dalla Giurisprudenza.*

Il Sistema degli Appalti tra D.Lgs. n. 81/2008 e D.Lgs. n. 106/2009

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicista – Autore



— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2009.

PREMESSA

L'esigenza di regolamentare, sotto il profilo prevenzionistico, le relazioni intersoggettive tra i vari protagonisti del processo produttivo, assume un rilievo particolare nel settore degli appalti, il quale, a differenza del contratto di lavoro subordinato, ha uno schema di riferimento che non può avvalersi dei due elementi –strategici in termini di “governance”- costituiti dalla linea gerarchica aziendale e dalla subordinazione del prestatore di lavoro. In ragione della circostanza che di regola l'appalto, prevenzionisticamente considerato, presuppone il “contatto” tra due (o più) distinte organizzazioni di lavoro (imprese e/o lavoratori autonomi), si è da sempre posta l'esigenza, per il legislatore, di dettare una disciplina specifica idonea *in primis* ad evitare il prodursi di rischi “aggiuntivi” o di natura interferenziale, e in caso contrario a porre in essere misure e procedure rivolte alla loro eliminazione (o quantomeno riduzione al livello minimo tecnologicamente, organizzativamente, proceduralmente praticabile).

Con all'avvento del modello delineato dall'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94,¹ si può fondatamente affermare essere venuta definitivamente meno la filosofia operativa e gestionale del “*separati in casa*”, in base alla quale, come disponeva l'art. 5, commi 1 e 2 del DPR n. 547/55 (per di più limitato al solo lavoro autonomo), era sufficiente che il datore di lavoro committente fornisse informazioni sul c.d. “rischio ambientale”; non foss'altro che per la titolarità dell'interesse economico-funzionale alla terziarizzazione di alcune fasi o momenti del processo aziendale e produttivo, il legislatore moderno ha ritenuto di imputare all'area funzionale della committenza l'obbligo di gestione dei fattori di rischio “aggiuntivi” ed “interferenziali” derivanti dal sistema degli appalti interni.

Pur restando fermo il divieto di ingerenza del committente nell'area dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi (comma 3), l'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94 ritenne maturi i tempi per rovesciare parzialmente la precedente prospettiva del citato art. 5 del DPR n. 547/55, di rigida separazione funzionale tra committente e appaltatore, introducendo ed imponendo, con presidio di sanzione penale, un modello

¹Seppur l'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94 trovi un antecedente nell'art. 5, comma 2 del D.Lgs. 15 agosto 1991, n. 277, il ristretto ambito applicativo di tale norma, limitato alla protezione dai rischi connessi all'esposizione all'amianto, al piombo e al rumore durante il lavoro, circoscrivendone la portata, non ne faceva una disposizione di carattere generale.

sinergico e di collaborazione partecipata tra i protagonisti, reso effettivo dalla previsione di molteplici doveri di attivazione positiva (informazione, cooperazione e coordinamento). Tale modello è apparso da subito come portatore di un valore aggiunto in termini di tutela delle condizioni di lavoro, avendo valutato il legislatore -ed essendo innegabile- che tanto l'informazione preliminare, quanto la cooperazione e il coordinamento operativi durante il lavoro, siano in grado di offrire un risultato di sintesi, in termini di salvaguardia della sicurezza e della salute, superiore alla somma di quelli ottenibili da ciascun singolo datore di lavoro o lavoratore autonomo: del resto l'eliminazione/riduzione al minimo dei fattori di rischio "aggiuntivi" ed "interferenziali" è un obiettivo innegabilmente funzionale all'interesse di tutti gli operatori.

Dal momento che l'interferenza tra le lavorazioni, proprio sotto il profilo strutturale e dell'organizzazione del lavoro è, il più delle volte, un dato ontologico ineliminabile, la normativa ha voluto valorizzare -codificandoli normativamente- gli aspetti di naturale e spontanea collaborazione che si realizzano quando più persone sono chiamate a prestare la loro opera nello stesso ambiente di lavoro. Pur rimanendo ferma la distinzione tra "rischio ambientale" [comma 1, lettera b)] e "rischio specifico" (comma 3) già contenuta nell'art. 5 del DPR n. 547/55, essa opera solo all'estremo, anche nell'interpretazione Giurisprudenziale,² come situazione-limite di un modello incentrato all'opposto sulla condivisione in senso collaborativo -a fine di maggior tutela di ciascuno- dei profili di rischio comune.

L'EVOLUZIONE DELL'ART. 7 DEL D.LGS. N. 626/94

Nell'ultimo triennio l'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94 è stato oggetto di una serie di interventi normativi, concepiti all'origine nell'ambito della più ampia politica del Governo di contrasto al lavoro sommerso ed irregolare, iniziata con il decreto-legge n. 223 del 4 luglio 2006 (c.d. decreto "Bersani").

a) tra gli interventi posti in essere con la Legge Finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), alcuni (commi 909-911) hanno avuto una incidenza diretta sul sistema prevenzionistico degli appalti di lavori. In particolare, il legislatore è intervenuto *in primis* sia sull'alinea, sia con l'aggiunta di un comma (il 3-bis) al testo della norma. (vedi Tabella 1)

Tabella 1

Art. 7 D.Lgs. n. 626/94	
Contratto di appalto o contratto d'opera	
TESTO MODIF. DALLA L. 296/2006	TESTO ORIGINARIO
Il datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonchè nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima:	1. Il datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori all'interno dell'azienda, ovvero dell'unità produttiva, ad

² Cass. pen. sez. IV, 26 giugno 2007, n. 24824, imp. Marrucchelli e altro.

<i>(omissis)</i>	<i>imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi: (omissis)</i>
3-bis. L'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonchè con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro.	

In secondo luogo, con la modifica dell'art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 di riforma del mercato del lavoro (c.d. Riforma "Biagi"), la Legge Finanziaria 2007 ha inasprito la responsabilità solidale del committente imprenditore o datore di lavoro in tema di corresponsione dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore, sia estendendola anche all'appalto di opere, oltre che all'appalto di servizi; sia innalzando a "due anni dalla cessazione dell'appalto" (prima era 1 anno) il limite temporale di operatività della responsabilità solidale del committente. (vedi Tabella 2)

Tabella 2

Art. 29 D.Lgs. n. 276/2003 Contratto di appalto o contratto d'opera	
TESTO ATTUALE	TESTO ORIGINARIO
<i>(omissis)</i>	<i>(omissis)</i>
2. In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonchè con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.	2. In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.

In terzo luogo, in tema di **appalti pubblici** di lavori, di servizi e di forniture, la Legge Finanziaria 2007 ha dato un ulteriore "giro di vite" al fenomeno - purtroppo ancora molto diffuso- della scarsa qualificazione professionale delle imprese, sotto l'aspetto prevenzionistico e di regolarità dei rapporti di lavoro, sia estendendo a tutti i contratti di appalto la valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'anomalia dell'offerta anormalmente bassa in relazione ai costi relativi alla sicurezza (eliminando per di più la possibilità, per l'offerente, di fornire giustificazioni inerenti al "rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro"), sia intervenendo in materia di determinazione dei criteri per l'individuazione e la verifica delle offerte anormalmente basse (art. 86, comma 3-bis del D.Lgs. n. 163/2006: "Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva

stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”, e successivo art. 87, comma 4-bis: “Nell’ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all’articolo 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all’avvenuto adempimento, all’interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa”).

b) con la legge-delega 3 agosto 2007, n. 123 per l’adozione di un Testo Unico in materia di salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, il legislatore è intervenuto nuovamente sul corpo dell’art. 7 del D.Lgs. n. 626/94, introducendo per il committente l’obbligo di elaborazione “di un unico documento di valutazione dei rischi, che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze” (c.d. DUVRI). E’ stato poi introdotto l’obbligo dell’indicazione specifica, in tutti i contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto del settore privato, dei costi relativi alla sicurezza del lavoro, parallelamente a quanto è parallelamente previsto nel settore degli appalti pubblici. (vedi Tabella 3)

Tabella 3

Art. 7 D.Lgs. n. 626/94 Contratto di appalto o contratto d'opera	
TESTO MODIF. DALLA L. 123/2007	TESTO ORIGINARIO
<p style="text-align: center;"><i>(omissis)</i></p> <p>3. Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze. Tale documento e' allegato al contratto di appalto o d'opera. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.</p> <p style="text-align: center;"><i>(omissis)</i></p> <p>3-ter. Ferme restando le disposizioni in materia di sicurezza e salute del lavoro previste dalla disciplina vigente degli appalti pubblici, nei contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto, di cui agli articoli 1559, 1655 e 1656 del codice civile, devono essere specificamente indicati i costi relativi alla sicurezza del lavoro. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori di cui all'articolo 18 e le organizzazioni sindacali dei lavoratori.</p>	<p style="text-align: center;"><i>(omissis)</i></p> <p>3. Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione e il coordinamento di cui al comma 2. Tale obbligo non si estende ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.</p>

Per altro verso l’art. 8 della legge n. 123/2007, a distanza di pochi mesi dall’intervento emendatore operato con la Legge Finanziaria 2007 (art. 1, comma 909 della legge n. 296/2006), ha ritenuto la necessità di intervenire nuovamente sul testo dell’art. 86 comma 3-bis del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti pubblici. (vedi Tabella 4)

Tabella 4

Art. 86 D.Lgs. n. 163/2006	
Contratto di appalto o contratto d'opera	
TESTO MODIF. DALLA L. 123/2007	TESTO ORIGINARIO
<i>(omissis)</i>	<i>(omissis)</i>
<p>3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro e' determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativa-mente piu' rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro e' determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico piu' vicino a quello preso in considerazione.</p> <p>3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta.</p>	<p>3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione, nei casi previsti dalla normativa vigente, dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizio e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro e` determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.</p>

IL NUOVO SISTEMA DEGLI APPALTI: L'ART. 26 TRA D.LGS. N. 81/2008 E D.LGS. N. 106/2009

Con l'emanazione del Testo Unico della sicurezza sul lavoro (D.Lgs. n. 81/2008), il legislatore delegato ha rivisitato integralmente il modello normativo degli appalti, dando attuazione alla specifica previsione della legge-delega in materia. (vedi Tabella 5)

Tabella 5

Art. 1, comma 2, lett. s) L. 123/2007
<p>s) revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a:</p> <p>1) migliorare l'efficacia della responsabilita' solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneita' tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private, considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica;</p> <p>2) modificare il sistema di assegnazione degli appalti pubblici al massimo ribasso, al fine di garantire che l'assegnazione non determini la diminuzione del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori;</p> <p>3) modificare la disciplina del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza debbano essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare</p>

congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto;

Attualmente la disciplina degli appalti, sotto il profilo della tutela prevenzionistica, è contenuta nell'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008 (di seguito denominato anche "TUSIC"), norma che, già a prima vista, denuncia il suo carattere "ibrido", a fronte dei molteplici innesti di matrice giuslavoristica (comma 4) o con valenza preminentemente negoziale (commi 5 e 6).

Non è questa la sede per analizzare il testo originario dell'art. 26 del TUSIC, a fronte dei numerosi interventi di modifica ad esso apportati dall'art. 16 del decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 ("Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81" - G.U. n. 180 del 5 agosto 2009, s.o.: di seguito denominato anche "TUSIC-BIS"). Resta il fatto che il settore degli appalti, in ambito prevenzionistico, era e resta uno dei settori più critici: non a caso i contratti di appalto che diano luogo a lavori edili o di ingegneria civile da effettuarsi in "aree cantierabili", sono specificamente regolati dal Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008 (ex D.Lgs. n. 494/96), ed anche in ambito di legislazione Comunitaria hanno una loro specifica Direttiva di riferimento (Dir. 92/57/CEE del 24 giugno 1992).

Volendo ora procedere sinteticamente ad un primo esame e commento della norma, pare utile riportare sinotticamente i due testi (*ante et post* D.Lgs. n. 106/2009), onde poterli confrontare più agevolmente. (vedi Tabella 6)

Tabella 6

Art. 26 D.Lgs. n. 81/2008	
Obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione	
TESTO ATTUALE (MODIF. DAL D.LGS. N. 106/2009)	TESTO ORIGINARIO
<p>1. Il datore di lavoro, in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, 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:</p> <p>a) verifica, con le modalità previste dal decreto di cui all'articolo 6, comma 8, lettera g), l'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo che precede, la verifica è eseguita attraverso le seguenti modalità:</p> <p>1) acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato;</p> <p>2) acquisizione dell'autocertificazione</p>	<p><i>1. Il datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima:</i></p> <p><i>a) verifica, con le modalità previste dal decreto di cui all'articolo 6, comma 8, lettera g), l'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo che precede, la verifica è eseguita attraverso le seguenti modalità:</i></p> <p><i>1) acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato;</i></p> <p><i>2) acquisizione dell'autocertificazione</i></p>

<p>dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445;</p> <p>b) fornisce agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.</p> <p>2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, i datori di lavoro, ivi compresi i subappaltatori:</p> <p>a) cooperano all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto;</p> <p>b) coordinano gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva.</p> <p>3. Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o di opera e va adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture. Ai contratti stipulati anteriormente al 25 agosto 2007 ed ancora in corso alla data del 31 dicembre 2008, il documento di cui al precedente periodo deve essere allegato entro tale ultima data. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi. Nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e successive modificazioni, tale documento è redatto, ai fini dell'affidamento del contratto, dal soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto.</p> <p>3-bis. Ferme restando le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, l'obbligo di cui al comma 3 non si applica ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali o attrezzature nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni,</p>	<p><i>dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi del possesso dei requisiti di idoneità tecnico professionale, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445;</i></p> <p><i>b) fornisce agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.</i></p> <p><i>2. Nell'ipotesi di cui al comma 1, i datori di lavoro, ivi compresi i subappaltatori:</i></p> <p><i>a) cooperano all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto;</i></p> <p><i>b) coordinano gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva.</i></p> <p><i>3. Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o di opera. Ai contratti stipulati anteriormente al 25 agosto 2007 ed ancora in corso alla data del 31 dicembre 2008, il documento di cui al precedente periodo deve essere allegato entro tale ultima data. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.</i></p>
---	--

biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI.

3-ter. Nei casi in cui il contratto sia affidato dai soggetti di cui all'articolo 3, comma 34, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o in tutti i casi in cui il datore di lavoro non coincide con il committente, il soggetto che affida il contratto redige il documento di valutazione dei rischi da interferenze recante una valutazione ricognitiva dei rischi standard relativi alla tipologia della prestazione che potrebbero potenzialmente derivare dall'esecuzione del contratto. Il soggetto presso il quale deve essere eseguito il contratto, prima dell'inizio dell'esecuzione, integra il predetto documento riferendolo ai rischi specifici da interferenza presenti nei luoghi in cui verrà espletato l'appalto; l'integrazione, sottoscritta per accettazione dall'esecutore, integra gli atti contrattuali.

4. Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

5. Nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione, anche qualora in essere al momento della data di entrata in vigore del presente decreto, di cui agli articoli 1559, ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, 1655, 1656 e 1677 del codice civile, devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile **i costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni. I costi di cui al primo periodo non sono soggetti a ribasso.** Con riferimento ai contratti di cui al precedente periodo stipulati prima del 25 agosto 2007 i costi della sicurezza del lavoro devono essere indicati entro il 31 dicembre 2008, qualora gli stessi

4. Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

5. Nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione, anche qualora in essere al momento della data di entrata in vigore del presente decreto, di cui agli articoli 1559, ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, 1655, 1656 e 1677 del codice civile, devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile i costi relativi alla sicurezza del lavoro con particolare riferimento a quelli propri dello specifico appalto. Con riferimento ai contratti di cui al precedente periodo stipulati prima del 25 agosto 2007 i costi della sicurezza del lavoro devono essere indicati entro il 31 dicembre 2008, qualora gli stessi contratti siano ancora in corso a tale data. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi locali delle organizzazioni

<p>contratti siano ancora in corso a tale data. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi locali delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale.</p> <p>6. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.</p> <p>7. Per quanto non diversamente disposto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come da ultimo modificate dall'articolo 8, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 123, trovano applicazione in materia di appalti pubblici le disposizioni del presente decreto.</p> <p>8. Nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, il personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice deve essere munito di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro.</p>	<p><i>sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale.</i></p> <p><i>6. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.</i></p> <p><i>7. Per quanto non diversamente disposto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come da ultimo modificate dall'articolo 8, comma 1, della legge 3 agosto 2007, n. 123, trovano applicazione in materia di appalti pubblici le disposizioni del presente decreto.</i></p> <p><i>8. Nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, il personale occupato dall'impresa appaltatrice o subappaltatrice deve essere munito di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro.</i></p>
--	---

IL COMMENTO DELLA NORMA

A fronte di un articolato così corposo, è utile procedere al commento analitico della norma per singolo comma.

Comma 1: delinea il campo di applicazione della norma. Ciò che rileva non è il titolo contrattuale (c.d. *nomen iuris*) dell'affidamento, bensì il meccanismo sostanziale risolvendosi nella terziarizzazione di lavori, servizi e forniture (queste ultime due categorie frutto di un'estensione operata dal D.Lgs. n. 106/2009). Si può dunque affermare che la nozione di "appalto" ricomprende necessariamente anche le ipotesi di subappalto, di nolo a caldo e di "fornitura e

posa in opera” di materiali, tutte accomunate dalla caratteristica dell’impiego necessario di manodopera.³ In secondo luogo, non è più requisito essenziale degli appalti/affidamenti di lavori, servizi e forniture, il connotato di loro “internità”: la circostanza che si tratti di appalti “interni” è ora una condizione sufficiente, ma non più indefettibilmente necessaria, giacchè gli obblighi posti a carico del Committente sono stati estesi anche ai lavori che si svolgono “nell’ambito” dell’intero ciclo produttivo della di lui azienda. Insomma, la distinzione tra Committente quale soggetto “ospitante”, ed impresa o lavoratore autonomo quali soggetti “ospitati”, si amplia fino a ricomprendere gli appalti di lavori interessanti -in qualunque luogo essi siano svolti- il ciclo produttivo dell’azienda del Committente. Peraltro, di fronte all’interrogativo legittimo di come conciliare l’indicazione di legge, costitutiva per il Committente di obblighi sanzionati penalmente, ed il divieto di ingerenza nella struttura organizzativa dell’appaltatore, il Ministero del lavoro, con la Circolare 14 novembre 2007, n. 24, aveva chiarito che l’obbligo di elaborazione del DUVRI sussiste anche nelle ipotesi di appalti “extraziendali”, semprechè questi risultino necessari al fine della realizzazione del ciclo produttivo dell’opera o del servizio (non siano cioè semplicemente preparatori o complementari dell’attività produttiva in senso stretto), e a condizione che non si svolgano in locali sottratti alla giuridica disponibilità del committente (la qual cosa impedirebbe l’assolvimento degli adempimenti di legge). Il legislatore delegato del TUSIC-BIS ha confermato tale approccio, addirittura elevandolo a canone normativo: peraltro il riferimento concettuale alla disponibilità “giuridica” appare improprio e riduttivo, giacchè sul versante penalistico ciò che rileva in termini di esposizione alla responsabilità è la disponibilità “materiale” (non giuridica) del luogo di lavoro; disponibilità che deve necessariamente estrinsecarsi nell’esercizio di un effettivo potere gestionale, indipendentemente dall’esistenza di un titolo giuridico corrispondente. Appare dunque problematica l’individuazione di appalti “esterni” svolti in luoghi dei quali il Committente abbia la giuridica disponibilità (e la conseguente responsabilità a fini prevenzionistici), da intendersi come esercizio di un effettivo potere gestionale, senza che egli assuma la corrispondente qualità di datore di lavoro “di fatto”.⁴

Comma 2: Quanto al contenuto della triade gestionale costituita dagli elementi dell’“informazione” della “cooperazione” e del “coordinamento”, la

³ In tal senso Cass. pen. sez. III, 28 gennaio 2004, n. 2946, imp. Pallotta e altro.

⁴ Non a caso nell’unica sentenza che ha affrontato *ex professo* -sia pure *incidenter tantum* a fini decisionali- la problematica degli appalti c.d. extra-aziendali (Cass. pen. sez. IV, 12 ottobre 2007, n. 37588: “*In tema di infortuni sul lavoro, l'imprenditore, quand'anche disarticoli il ciclo produttivo avvalendosi di strumenti contrattuali che gli consentano di alleggerire sul piano burocratico-organizzativo la struttura aziendale contestualmente dislocandone in parte i rischi, è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità di tutti coloro che contribuiscono alla realizzazione del programma lavorativo.*” -nella fattispecie la Corte ha ritenuto la responsabilità dell'imprenditore che aveva subappaltato i lavori in luoghi esterni all'impresa), era emerso che il subappaltatore, lavoratore autonomo privo di dipendenti, “aveva in realtà fornito mere prestazioni di lavoro”.

Giurisprudenza (per tutte Cass. pen. sez. IV, 20 settembre 2002, n. 31459 e Cass. pen. sez. III, 12 maggio 2006, n. 16291) ha da tempo chiarito che il Committente è tenuto a fornire le "dettagliate informazioni" sui rischi specifici esistenti nell'ambiente di lavoro, ogni qualvolta affidi uno specifico lavoro all'appaltatore, a nulla rilevando che abbia fornito quelle informazioni in precedenza. Coordinare significa poi *"collegare razionalmente le varie fasi dell'attività in corso, in modo da evitare disaccordi, sovrapposizioni, intralci che possono accrescere notevolmente i pericoli per tutti coloro che operano nel medesimo ambiente"*; mentre cooperare *"è qualcosa di più, perché vuol dire contribuire attivamente, dall'una e dall'altra parte, a predisporre ed applicare le misure di prevenzione e protezione necessarie"*. Sotto questo aspetto, la cooperazione non può intendersi come obbligo del Committente di intervenire in supplenza dell'appaltatore tutte le volte in cui costui ometta, per qualsiasi ragione, di adottare misure di prevenzione prescritte a tutela soltanto dei suoi lavoratori, risolvendosi in un'inammissibile ingerenza del Committente nell'attività propria dell'appaltatore. Ne consegue che l'obbligo di cooperazione imposto al Committente è limitato all'attuazione di quelle misure rivolte ad eliminare i pericoli che, per effetto dell'esecuzione delle opere appaltate, vanno ad incidere sia sui dipendenti dell'appaltante sia su quelli dell'appaltatore, mentre per il resto ciascun datore di lavoro deve provvedere autonomamente alla tutela dei propri prestatori d'opera subordinati, assumendone la relativa responsabilità.

Comma 3: Il Committente ha l'obbligo di promuovere la cooperazione ed il coordinamento tra i datori di lavoro, ivi compresi i subappaltatori, mediante l'elaborazione del DUVRI (Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenziali), il quale indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze. L'interferenza può essere definita come una sovrapposizione di attività lavorative risolvendosi in un loro contatto "rischioso", a condizione che i soggetti coinvolti nel rischio interferenziale appartengano a distinte organizzazioni di lavoro (in tal senso si esprime l'art. 6, par. 4 della Dir.-quadro 89/391/CEE e conformemente le Linee Guida ITACA del 20 marzo 2008; all'opposto, nel settore dei cantieri temporanei o mobili, ciò che rileva ai sensi dell'Allegato XV al TUSIC è l'interferenza *"tra le lavorazioni"*, il che pone un confine all'obbligo del coordinamento del CSE in caso di lavorazione complessa -ad es. utilizzo di attrezzatura di lavoro semovente con ausiliazione di lavoratore a piedi- o in caso di squadre di lavoro a composizione "mista"). Per tutti gli altri rischi, non riferibili alle interferenze, *"resta immutato l'obbligo per ciascuna impresa di elaborare il proprio documento di valutazione dei rischi e di provvedere all'attuazione delle misure di sicurezza necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi specifici propri dell'attività svolta"* (Circ. Minlavoro n. 24/2007). Va poi precisato che il Committente risponde di tutte le omissioni prevenzionistiche connesse alla mancata adozione immediatamente percepibile delle misure di prevenzione prescritte (Cass. pen. sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 3502; Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2006, n. 30857), giacchè nella categoria dei c.d. *"rischi specifici"* propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi,

rientrano solo le lavorazioni che richiedono una specifica competenza tecnica settoriale, nonché la conoscenza delle procedure da adottare nelle singole lavorazioni, o l'utilizzazione di speciali tecniche, o ancora l'uso di determinate macchine e attrezzature di lavoro (Cass. pen. sez. IV, 20 marzo 2008, n. 12348; Cass. pen., sez. IV, 19 agosto 2005, n. 31296). Secondo quanto dispone la Determinazione n. 3 del 5 marzo 2008, adottata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, è conveniente dare evidenza documentale dell'attività valutativa, anche in caso di assenza di interferenze, pur non sussistendo in questo caso l'obbligo di redazione del DUVRI. L'obbligo di adeguamento dinamico in corso d'opera del DUVRI, frutto di un'integrazione apportata dal D.Lgs. n. 106/2009, del pari ha recepito le indicazioni contenute nella citata Circolare Minlavoro n. 24/2007 (obbligo di procedere ad aggiornamento *"in caso di subappalti o forniture e posa in opera intervenuti successivamente ovvero in caso di modifiche di carattere tecnico, logistico o organizzativo incidenti sulle modalità realizzative dell'opera o del servizio che dovessero intervenire in corso d'opera"*). Quanto agli appalti del settore pubblico, ove tra l'altro per gli organi elettivi degli Enti vale il principio di separazione tra l'azione di indirizzo politico e l'azione di gestione finanziaria, il TUSIC-BIS ha chiarito che il Datore di lavoro committente deve essere individuato su base sostanziale (non formale), facendo cioè riferimento al *"soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto"* (c.d. individuazione penalistica del soggetto obbligato), in ciò allineandosi perfettamente alla definizione penalistica di Committente pubblico del Titolo IV del TUSIC (art. 89, comma 1, lett. b), secondo periodo).

Comma 3-bis: L'esenzione del DDL Committente, in assenza di rischi "gravi" o "particolari", dall'obbligo di redazione del DUVRI (non però dall'obbligo di "promuovere" la cooperazione ed il coordinamento tra le diverse organizzazioni di lavoro), con riguardo ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali o attrezzature, nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, ha recepito sul punto le indicazioni sia della citata Det. Aut. Vig. n. 3/2008, sia della Circolare Minlavoro n. 4 del 28 febbraio 2007, sia dei Pareri espressi dalle Commissioni permanenti di Camera e Senato nella seduta del 24 giugno 2009).

Comma 3-ter: *"Ratio"* della norma è dettare una disciplina aderente alle situazioni nelle quali si produce una disarticolazione tra la linea civilistico-contrattuale (governata dal Committente) e quella di gestione esecutiva del contratto di appalto/affidamento (di pertinenza del Datore di lavoro ospitante), quest'ultima sola penalisticamente rilevante quanto ad esposizione alla responsabilità prevenzionistica. Si pensi ai contratti aperti di manutenzione, nonché agli interventi strutturali sui locali e sugli edifici assegnati in uso a pubbliche amministrazioni o a pubblici uffici (ad es. le istituzioni scolastiche ed educative), da parte delle amministrazioni o dei soggetti che, per legge o titolo convenzionale, ne hanno l'obbligo giuridico. In tali ipotesi il DUVRI è stato concepito come uno strumento e un documento negoziale a formazione successiva.

Commi 4-8: questa seconda parte dell'art. 26 del TUSIC non è stata oggetto di modifiche ad opera del D.Lgs. n. 106/2009, se non marginalmente al comma 4, al fine di chiarire che i costi della sicurezza, da indicare specificamente nel contratto e non soggetti a ribasso, non sono quelli generali propri dell'attività esercitata dal singolo appaltatore/affidatario, bensì unicamente i costi speciali necessari per l'eliminazione/riduzione al minimo dei rischi "interferenziali". Quanto all'obbligo, per il personale dipendente (e autonomo *ex art. 20, comma 3, secondo periodo del TUSIC*), occupato nello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, di indossare, esponendola, un'apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro (trattasi dell'estensione dell'analogia misura inizialmente prevista dall'art. 36-bis del d.l. Bersani per il settore dell'edilizia), va precisato che esso non opera per quegli appalti e subappalti (ad es. i trasporti) da eseguirsi fuori dai locali del Committente (salvo che per le fasi di carico e scarico merci: v., sul tema, anche le indicazioni della Circolare Minlavoro n. 28 del 5 marzo 1997).

CONCLUSIONI

Il Sistema degli Appalti disciplinato nel Testo Unico della sicurezza sul lavoro, seppur ad esito dei numerosi interventi di integrazione e modifica, da ultimo operati dal D.Lgs. n. 106/2009, ha mantenuto l'assetto originariamente delineato nell'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94. Del resto tale assetto di base deriva dalla previsione dell'art. 6, paragrafo 4 della Direttiva-quadro 89/391/CEE (*"Fatte salve le altre disposizioni della presente direttiva, quando in uno stesso luogo di lavoro sono presenti i lavoratori di più imprese, i datori di lavoro devono cooperare all'attuazione delle disposizioni relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute, e, tenuto conto della natura delle attività, coordinare i metodi di protezione e di prevenzione dei rischi professionali, informarsi reciprocamente circa questi rischi e informarne i propri lavoratori e/o i loro rappresentanti"*) e costituisce uno standard di base del lavoro sicuro, di derivazione Comunitaria. Più che l'aspetto strettamente tecnologico, nel modello di sicurezza per il lavoro in appalto, vengono in gioco ed assumono importanza strategica gli aspetti legati all'organizzazione del lavoro e alla predisposizione di idonei flussi informativi tra le diverse organizzazioni di lavoro. Titolare della "cabina di regia" di tali molteplici attività è il Datore di lavoro committente, il cui profilo di esposizione alla responsabilità (sia civilistica, sia penalistica) risulta ora molto più elevato che nel passato, anche in ragione di una Giurisprudenza particolarmente rigorosa. L'art. 26 del TUSIC (e prima di esso l'art. 7 del D.Lgs. n. 626/94) si conferma quale baluardo giuridico, in chiave di tutela prevenzionistica, alla parcellizzazione del sapere professionale e alla frammentazione delle competenze funzionali sul luogo di lavoro.

IMPRESSE ESECUTRICI E NON NEI CANTIERI EDILI

Interpello Minlavoro n. 58/2009

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore



— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2009.

PREMESSA

L'Interpello del Ministero del lavoro n. 58 del 10 luglio 2009, in materia di DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva) negli appalti pubblici e privati in edilizia, è l'occasione per fare il punto su una delle modifiche più significative apportate dal recente D.Lgs. n. 106/2009 (c.d. TUSIC-bis) al Testo Unico della sicurezza sul lavoro (D.Lgs. n. 81/2008, c.d. TUSIC).

Invero, l'art. 59, comma 1, lett. d) ed e) del D.Lgs. n. 106/2009 ha modificato il campo di applicazione del Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008 (*ex* D.Lgs. n. 494/96), segnatamente quanto all'estensione dell'obbligo, per il Committente, di procedere alla designazione dei Coordinatori nei cantieri edili o di ingegneria civile.

Tabella 1

D.Lgs. n. 81/2008 Articolo 90 Obblighi del committente o del responsabile dei lavori	
(testo originario)	(testo emendato dal D.Lgs. n. 106/2008)
<i>(omissis)</i>	<i>(omissis)</i>
3. Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese, anche non contemporanea, il committente, anche nei casi di coincidenza con l'impresa esecuttrice, o il responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, designa il coordinatore per la progettazione.	3. Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese esecutrici , anche non contemporanea, il committente, anche nei casi di coincidenza con l'impresa esecuttrice, o il responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, designa il coordinatore per la progettazione.
4. Nel caso di cui al comma 3, il committente o il responsabile dei lavori, prima dell'affidamento dei lavori, designa il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 98.	4. Nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese esecutrici , anche non contemporanea, il committente o il responsabile dei lavori, prima dell'affidamento dei lavori, designa il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 98.

Come è riportato nella sovrastante Tabella 1, mentre dal 15 aprile 2000 al 19 agosto 2009, requisito per la designazione dei Coordinatori era lo svolgimento dei lavori edili e di ingegneria civile (ora elencati all'allegato X del TUSIC: *ex* All. I del D.Lgs. n. 494/96) nei cantieri in cui era prevista la presenza (anche non contemporanea) di "più imprese", a far data dal 20 agosto scorso, operando le

modifiche apportate dal D.Lgs. n. 106/2009, l'obbligo di designazione dei Coordinatori concerne, più limitatamente, i cantieri in cui è prevista la presenza (anche non contemporanea) di "più imprese **esecutrici**". Per altro verso, il D.Lgs. n. 106/2009 ha anche introdotto ex novo la definizione di "impresa esecutrice": intendendosi per tale (art. 89, comma 1, lett. i-bis) del D.Lgs. n. 81/2008) l'impresa "che esegue un'opera o parte di essa impegnando proprie risorse umane e materiali".

E' così che, per effetto di queste (in apparenza) limitate modifiche, il requisito della "presenza" è divenuto da termine di specie a termine di genere (esso infatti ora ricomprende tanto le imprese presenti sul cantiere in quanto "esecutrici dell'opera" (o parte di essa), quanto le imprese presenti ma non "esecutrici", in quanto non direttamente coinvolte nella realizzazione dell'opera per conto del Committente. Mentre prima ciò che rilevava, per la delimitazione del campo di applicazione del modello normativo per la sicurezza in edilizia, era la mera presenza (anche non contemporanea) nel cantiere di almeno due organizzazioni di lavoro strutturate in forma di impresa (ergo di due aree datoriali di lavoro), ora è invece l'oggetto del contratto (di appalto, di subappalto, et similia) da porre in esecuzione (realizzazione totale o parziale dell'opera) ad essere divenuto elemento discriminante ai fini della valutazione della sussistenza, per il Committente, dell'obbligo di designare i Coordinatori.

Ora, siccome tale impostazione normativa non era presente nel testo dello Schema preliminare del D.Lgs. n. 106/2009, licenziato dal Consiglio dei Ministri in data 27 marzo 2009, va da sé che essa è maturata in epoca successiva: ed è proprio in prossimità della data di approvazione definitiva del testo del D.Lgs. n. 106/2009, avvenuta nella seduta del Consiglio dei Ministri del 31 luglio 2009, che si situa temporalmente il citato Interpello ministeriale n. 58 del 10 luglio 2009. Si può dunque fondatamente ritenere, all'esito della presente analisi, che la linea interpretativa espressa dal Ministero del lavoro e la volontà legislativa estrinsecatasi nel testo attuale dei commi 3 e 4 dell'art. 90 del Testo Unico siano -per come dire- "farina dello stesso sacco".

LE INDICAZIONI DELL'INTERPELLO N. 58/2009

Interrogato dall'INAIL in materia di DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva), con riguardo alle problematiche relative al distacco e all'attività di trasporto nel settore degli appalti pubblici e privati in edilizia (segnatamente se il DURC "debba essere posseduto dalla sola impresa distaccataria, operante in cantiere in qualità di appaltatore o subappaltatore, ovvero anche dall'impresa distaccante, estranea al contratto di appalto e all'esecuzione dei lavori"; e se "sia obbligatorio o meno il possesso del DURC anche per l'impresa o il lavoratore autonomo che svolga all'interno di un cantiere attività di consegna e scarico di materiale edile (ad es. ditta di trasporto)", la Direzione Generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro ha ritenuto di rispondere:

- quanto al primo quesito, che il lavoratore inviato presso l'impresa distaccataria è inserito nell'organizzazione della impresa distaccataria, ma il suo rapporto di lavoro prosegue alle dipendenze dell'originario datore di lavoro (distaccante). L'impresa distaccante resta quindi estranea all'appalto sotto ogni profilo, e deve conseguentemente escludersi la legittimità di una richiesta del DURC formulata tanto nei suoi confronti, quanto nei confronti del distaccatario appaltatore;
- quanto al secondo quesito, che, sebbene, nell'ambito degli appalti pubblici e privati nel settore dell'edilizia, le imprese esecutrici hanno l'obbligo di certificare la loro posizione di regolarità contributiva, a prescindere dal settore in cui sono inquadrare, tuttavia tra le lavorazioni elencate nell'Allegato X del D.Lgs. n. 81/2008 (già All. I del D.Lgs. n. 494/1996) non rientrano né le attività di trasporto (consegna e scarico), né più in generale quelle di mera fornitura di materiale edile.

Ed è a questo punto che, da parte del Ministero, compare l'indicazione che deve farci riflettere (*"come già evidenziato da questo Ministero con circolare n. 4/2007, concernente la redazione del Piano Operativo di Sicurezza (POS), non possono considerarsi imprese esecutrici quelle che, pur presenti in cantiere, non partecipano in maniera diretta alla realizzazione delle lavorazioni indicate nell'Allegato citato, ovvero si limitano a svolgere attività di mera fornitura di materiale a piè d'opera, non accompagnata dalla messa in opera. Per le ragioni di cui sopra, con riferimento al secondo quesito, è dunque possibile affermare che anche per le imprese e i lavoratori autonomi, svolgenti attività di trasporto di materiale edile, non sussiste l'obbligo di certificazione della regolarità contributiva mediante DURC"*).

Si badi, la questione non è di lessico, bensì di sostanza; in una prospettiva - l'unica possibile - di tutela la più ampia possibile delle condizioni di lavoro.

Ora, mentre ancorare il campo di applicazione della Direttiva Cantieri in Italia al requisito -ai fini della designazione dei Coordinatori- della "presenza di più imprese" (come era scritto nel D.Lgs. n. 494/96 e nel testo originario del D.Lgs. n. 81/2008) significava conferirgli un'estensione conforme alla previsione del legislatore europeo; al contrario, la matrice dell'"esecutricità" fa sì che, con riguardo all'esercizio qualificato del Coordinamento c.d. "maggiore" (quello che solo i Coordinatori possono fare, in ragione della qualifica professionale posseduta), la totalità delle imprese non esecutrici (seppur presenti in cantiere) non ne sia meritevole. E ciò nonostante, in punto di tutela dai rischi professionali, non valga affatto l'assunto secondo il quale i lavoratori dipendenti di un'impresa "esecutrice" sono esposti a rischi più elevati di quelli di un'impresa che "esecutrice" non è. E ciò vale a maggior ragione nell'ottica del coordinamento, laddove i rischi "interferenziali" dipendono appunto dal "contatto rischioso" tra lavorazioni differenti, ordinariamente svolte da distinte organizzazioni di lavoro strutturate in forma di impresa.

Insomma, non è l'"esecutricità" a significare *tout court*, lapalissianamente, rischi maggiori per gli addetti. Sicché l'opinione del Ministero del lavoro secondo la quale occorre distinguere tra le imprese che eseguono i lavori indicati

all'Allegato X del D.Lgs. n. 81/2008, e le imprese che – pur presenti in cantiere – non partecipano in maniera diretta all'esecuzione di tali lavori; nonché il *revirement* legislativo operato ai già citati commi 3 e 4 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008, appaiono entrambi determinare, rispetto al passato, un pericoloso scivolamento verso il basso del livello di tutela. Già questo sarebbe sufficiente a fondare sospetti di incostituzionalità, per violazione della previsione contenuta nell'art. 1, comma 3 della Legge-delega n. 123/2007 (*"I decreti di cui al presente articolo non possono disporre un abbassamento dei livelli di protezione, di sicurezza e di tutela o una riduzione dei diritti e delle prerogative dei lavoratori e delle loro rappresentanze"*), da ritenersi indiscutibilmente operante anche con riguardo alle disposizioni integrative e correttive apportate al Testo Unico dal D.Lgs. n. 106 del 3 agosto 2009.

LE INDICAZIONI DELLA DIRETTIVA 92/57/CEE

Non possiamo dunque non condurre l'interprete a rifugiarsi nel posto più sicuro: il testo della Direttiva comunitaria 92/57/CEE del 24 giugno 1992 (c.d. "Direttiva cantieri), per vedere se essa consenta di estrapolare la c.d. "interpretazione conforme" (alla luce della quale valutare l'aderenza o meno del testo italiano di recepimento).

Tabella 2

Direttiva 92/57/CEE del 24 giugno 1992.
Direttiva del Consiglio riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE)
Articolo 3 - Coordinatori - Piano di sicurezza e di salute - Notifica preliminare
1. Il committente o il responsabile dei lavori designa uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute, quali sono definiti all'articolo 2, lettere e) ed f), per un cantiere in cui sono presenti più imprese.

Come si vede in Tabella 2, il testo della Direttiva 92/57/CEE contiene il riferimento alla mera presenza di più imprese, ai fini della designazione dei Coordinatori, senza richiedere il requisito dell' "esecutricità". Ne consegue che la condizione richiesta, in aderenza al dettato della normativa Comunitaria, è quella della c.d. "presenza operativa" in cantiere: il che, beninteso, significa che da tale presenza operativa (avente ad oggetto non l'opera o parte di essa, bensì a c.d. "area cantierabile") restano escluse le imprese che eseguono attività di trasporto (consegna e scarico), ma non certo le attività di fornitura (sia essa mera fornitura di materiali o attrezzature a pie' d'opera, ovvero fornitura con posa in opera –come avviene per il calcestruzzo).

Sotto questo profilo, non ha alcun rilievo la circostanza che l'art. 96, comma 1-bis (introdotto dal D.Lgs. n. 106/2009) esoneri dall'obbligo di redazione del POS le "mere forniture di materiali o attrezzature": una cosa infatti è valutare la tipologia dell'attività di impresa ai fini dell'obbligo di redazione del POS (questione già affrontata dal Ministero del lavoro nella Circolare esplicativa n. 4 del 28 febbraio 2007); altra cosa farlo per individuare il campo di applicazione

del Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008. In quest'ultimo caso, infatti (diversamente che nel primo), il legislatore italiano era ed è condizionato dal rispetto della chiara indicazione contenuta nel citato art. 3, par. 1 della Direttiva 92/57/CEE. E, sotto questo profilo, non vi è dubbio che, richiedendo il requisito dell' "esecutricità", l'attuale art. 90, commi 3 e 4 del D.Lgs. n. 81/2008 limita fortemente il campo di applicazione del Titolo IV, Capo I –segnatamente sub specie dell'obbligo di designazione dei Coordinatori (e dunque, *coeteris paribus*, anche il livello della tutela delle condizioni di lavoro, sia rispetto alla normativa europea, sia rispetto alla normativa precedente).

Tra l'altro, anche dalla lettura dell'8[^] e dell'11[^] "considerando" della Direttiva 92/57/CEE (v. Tabella 3), balza agli occhi che ciò che rileva per il legislatore europeo, ai fini della presenza nel cantiere di fattori di rischio, è lo svolgimento di un'attività professionale *tout court*, da parte di "differenti imprese presenti simultaneamente o successivamente", all'atto della realizzazione dell'opera; non che l'attività svolta da ciascuna impresa debba necessariamente essere di diretta realizzazione dell'opera edile o di ingegneria civile

Tabella 3

<p>Direttiva 92/57/CEE del 24 giugno 1992. Direttiva del Consiglio riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE)</p>
<p>8[^] "considerando" <i>considerando</i> che, all'atto della realizzazione di un'opera, una carenza di coordinamento in particolare dovuta alla presenza simultanea o successiva di imprese differenti su uno stesso cantiere temporaneo o mobile può comportare un numero elevato di infortuni del lavoro;</p>
<p>11[^] "considerando" <i>considerando</i> inoltre che i lavoratori autonomi ed i datori di lavoro, che esercitano essi stessi un'attività professionale su un cantiere temporaneo o mobile, possono con le loro attività mettere in pericolo la sicurezza e la salute dei lavoratori;</p>

la quale ultima circostanza, ora inaspettatamente richiesta dalla normativa italiana, non avrebbe dovuto incidere, scalfendolo pesantemente, sull'obbligo di designazione dei Coordinatori.

Per altro verso l'entità dimensionale del cantiere, nella Direttiva citata, acquista rilievo in termini di uomini/giorni, non certo in relazione alla diretta incidenza dei lavori sulla realizzazione dell'opera edile o di ingegneria civile.

Tuttavia, nonostante il primato del diritto Comunitario sulla normativa interna, il dettato chiaro, lapidario e scevro di margini interpretativi della seconda (D.Lgs. n. 81/2008) non consente di dare ad essa una interpretazione conforme alla prima (Direttiva 92/57/CEE); sicchè l'unico rimedio sembra essere o la questione di costituzionalità per eccesso di delega e violazione dell'art. 1, comma 3 della L. n.123/2007, ovvero la proposizione della *quaestio iuris* innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

LE IMPLICAZIONI

Alla luce dell'interpello ministeriale e della disciplina del D.Lgs. n. 81/2008, le imprese non esecutrici nei cantieri edili (segnatamente le imprese fornitrici di materiali e/o di attrezzature), non solo sono esentate dall'obbligo di redazione del POS, ma anche dall'obbligo di attuazione delle prescrizioni del Piano di sicurezza e di coordinamento, stabilito all'art. 100, comma 3 del Testo unico. Per altro verso, non essendo esse in alcun modo assimilabili ai "lavoratori autonomi", non sono soggette neppure agli obblighi dell'art. 94 del D.Lgs. n. 81/2008 (in particolare all'obbligo di adeguarsi "alle indicazioni fornite dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori, ai fini della sicurezza"). Ancora, esse sfuggono alla (preventiva) verifica di idoneità tecnico-professionale di cui all'art. 90, comma 9 del D.Lgs. n. 81/2008, da parte del Committente.

Legittimo è quindi l'interrogativo di come e con quale strumento operativo gestire le c.d. "procedure complementari e di dettaglio, richieste dal PSC" in relazione alla singola fornitura e alle altre attività di non diretta realizzazione dell'opera edile o di ingegneria civile. Non va dimenticato, in proposito che, secondo quanto dispone il punto 2.2.2., lett. h) dell'Allegato XV al D.Lgs. n. 81/2008, il PSC ad esempio deve necessariamente contenere, con riferimento all'organizzazione e in relazione alla tipologia del cantiere, anche le modalità di accesso "dei mezzi di fornitura dei materiali".⁵ Dunque l'accesso in cantiere dei mezzi di fornitura dei materiali si può affermare che determini "intrinsecamente" il prodursi di un "rischio interferenziale"; ma se l'impresa fornitrice, in quanto impresa non esecutrice, non è tenuta all'osservanza e all'attuazione delle prescrizioni del Piano di sicurezza e di coordinamento, ex art. 100, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2008, *quid iuris?* E come gestire appunto le c.d. "procedure complementari e di dettaglio, richieste dal PSC" al riguardo?

Per di più alle imprese non esecutrici non si applica neanche la disciplina in tema di DUVRI di cui all'art. 26, comma 3 del TUSIC : invero, per un difetto di coordinamento tra l'art. 26, comma 3-bis e l'art. 96, comma 1-bis, secondo periodo del D.Lgs. n. 81/2008 (la clausola di rinvio applicativo alle "disposizioni di cui all'articolo 26" contenuta nella prima norma, produce l'effetto paradossale di rendere "comunque" applicabile la clausola di esenzione contenuta nella seconda norma: v. Tabella 4)

Tabella 4

ART. 26 D.Lgs. n. 81/2008 3-bis. Ferme restando le disposizioni di cui ai	ART. 96 D.Lgs. n. 81/2008 1-bis. La previsione di cui al comma 1, lettera
---	---

⁵ Nella valutazione del legislatore, si tratta di un rischio interferenziale *ex se*, in quanto attinente all'organizzazione generale del cantiere. Ciò che è decisivo è che l'accesso in cantiere, mediante contratto di fornitura, di materiali e/o di attrezzature, produce di per sé un rischio interferenziale nel rapporto con le lavorazioni delle altre imprese presenti nel cantiere. Producendo inevitabilmente un contatto spaziale più o meno prolungato, nell'area di cantiere, tra l'organizzazione di lavoro dell'impresa fornitrice e le lavorazioni svolte dai dipendenti delle altre imprese, ciò spiega perché la fornitura sia stata inserita *ab origine* tra i rischi interferenziali attinenti all'organizzazione generale del cantiere.

<p><i>commi 1 e 2, l'obbligo di cui al comma 3 non si applica ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali o attrezzature nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI.</i></p>	<p><i>g), non si applica alle mere forniture di materiali o attrezzature. In tali casi trovano comunque applicazione le disposizioni di cui all'articolo 26 del presente decreto</i></p>
--	--

esse risultano di fatto “sganciate” dall’esercizio del “coordinamento”, per rimanere sotto il controllo esclusivo dell’impresa affidataria di riferimento ai sensi dell’art. 26, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 81/2008

CONCLUSIONI

Mentre, anche secondo la citata Circolare ministeriale n. 4/2007, le imprese non esecutrici erano imprese “presenti” in cantiere -dunque da conteggiare ai fini della designazione dei Coordinatori, seppure esentate dalla redazione del POS-, ora solo la presenza di imprese esecutrici in senso stretto acquista rilievo a tale fine. Laddove invece ciò che conta, nell’ottica della tutela delle condizioni di lavoro, è la

“presenza operativa nel cantiere, a qualunque titolo contrattuale”, di un’area datoriale di lavoro strutturata in forma di impresa.

Dunque l’interpretazione del Ministero del lavoro (per “imprese esecutrici” si intendono le sole imprese che eseguono i lavori indicati all’Allegato X del D.Lgs. n. 81/2008, con esclusione delle imprese che – pur presenti in cantiere – non partecipano in maniera diretta all’esecuzione di tali lavori), non solo non ha alcun aggancio con il testo delle norme Comunitarie; ma finisce per ridurre il campo di applicazione del TitoloIV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008.

Quale dunque la “ratio” della novella normativa operata sull’art. 90, commi 3 e 4 del D.Lgs. n. 81/2008, e delle coeve indicazioni dell’ Interpello ministeriale n. 58 del 10 luglio 2009? Evidentemente la volontà di interrompere la c.d. “catena dei subappalti” nei cantieri. Senza considerare che il modello delineato nel Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008 (e prima nel D.Lgs. n. 494/96) impone che di ogni subappalto, di qualunque tipo e a qualsiasi livello periferico, si faccia ineludibilmente garante sul piano giuridico personalmente il Committente, ed in via esclusiva.⁶

⁶ Si consideri, al riguardo, che l’originaria previsione del D.Lgs. n. 494/96 che il Committente potesse assolvere a qualcuno degli obblighi dell’art. 3, comma 8, “*anche tramite il coordinatore per l’esecuzione*”, ebbe poi a comparire nel testo integrato e corretto dal D.Lgs. n. 528/99; a dimostrazione che il legislatore volle espungere dal testo normativo ogni ipotesi di delegabilità/trasferibilità degli obblighi, e finanche del ricorso ai c.d. avvalimenti funzionali (consentiti ora solo sul piano della prassi relazionale tra Committente e CSE). Si consideri anche il testo e la “ratio” dell’art. 3, comma 4-bis del D.Lgs. n. 494/96 (attuale art. 90, comma 5 del TUSIC), disposizione all’epoca appositamente inserita dal Governo, quale vera e propria

Condizionando invece la designazione dei Coordinatori al requisito dell' "esecutricità" (non richiesto dalla normativa Comunitaria), il Ministero del lavoro ha inteso "sganciare" le imprese "non esecutrici" (fornitrici e non) dal coordinamento, sicchè esse finiscono per avere meno obblighi dei lavoratori autonomi sub-affidatari (segnatamente dei lavoratori autonomi (sub)fornitori, i quali sono in ogni caso soggetti agli obblighi, penalmente sanzionati, dell'art. 94 del D.Lgs. n. 81/2008. Dunque le eventuali interferenze prodotte nel cantiere dall'impresa "non esecutrice" dovrebbero essere gestite, in via esclusiva, tra quest'ultima e l'impresa esecutrice subappaltante, ricorrendo al modello procedurale dell'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008, quasi che (ad es.) la fornitura potesse essere ridotta alla stregua di un c.d. "appalto interno".

Il tempo e l'interpretazione della Giurisprudenza farà giustizia di questa macroscopica inosservanza del dettato della Direttiva "cantieri".

clausola di salvaguardia, al fine di ricondurre il subappalto, ai fini della sicurezza sul lavoro, nella sfera di giuridico controllo del Committente.

In ordine alle ricadute sulla gestione operativa dell'appalto (ad esempio, in materia di piani di sicurezza e di rispetto degli obblighi previdenziali ed assistenziali), conseguenti al ricorso – da parte dell'aggiudicatario – a ripetuti sub-contratti non qualificabili come subappalti, si rimanda alla Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 6/2003 del 27 febbraio 2003, nella quale si è ritenuto che *"non è pensabile la figura di un coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione che sia di fatto limitato nell'esercizio del delicato ruolo disegnato dal d.Lgs. 14 agosto 1996 n.494 e s.m., a causa della presenza di operatori diversi –per numero e per qualifica– da quelli previsti nel piano di sicurezza e coordinamento, il quale ultimo potrebbe a sua volta risentire, in misura variabile, dei mutamenti generati per effetto di scelte totalmente 'autonome' compiute dall'aggiudicatario"*. Peraltro, già con la Determinazione n. 11/2001 del 29 gennaio 2001, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici aveva precisato che la "clausola di salvaguardia" fa riferimento, *"oltre che all'ipotesi del subappalto, ad ogni altro caso in cui intervenga, nel corso della realizzazione dei lavori, altra impresa che si aggiunga a quella inizialmente affidataria"*.

IL REGIME DELL'ART. 90, COMMA 11 DEL D.LGS. N. 81/2008 NEI CANTIERI EDILI

Circolare Minlavoro n. 30/2009

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicista – Autore



— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2010.

PREMESSA

La Circolare del Ministero del lavoro n. 30 del 29 ottobre 2009, è intervenuta con la pretesa di fare chiarezza in ordine al significato dell'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, come sostituito dall'art. 39, comma 1, lett. a) della Legge Comunitaria 2008 (legge 7 luglio 2009, n. 88, in G.U. n. 161 del 14 luglio 2009,s.o.).

Mentre nello Schema preliminare del D.Lgs. n. 106/2009, integrativo e correttivo del D.Lgs. n. 81/2008 (approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 27 marzo 2009), l'opzione del Governo era per l'abrogazione della norma, inopinatamente il Parlamento, appena qualche mese dopo, apportava le modifiche *de quibus*, al fine dichiarato di dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 25 luglio 2008 (Causa C-504/06). Come è noto, la Corte di giustizia di Lussemburgo aveva condannato l'Italia per non avere provveduto alla corretta trasposizione nell'ordinamento italiano dell'art. 3, n. 1, della Direttiva "cantieri" (Direttiva 92/57/CEE), in base al quale, in ogni cantiere in cui sono presenti più imprese, il Committente è tenuto a designare "uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute" (v. Tabella 1).

Tabella 1

Direttiva 92/57/CEE del 24 giugno 1992.
Direttiva del Consiglio riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE)
Articolo 3 - Coordinatori - Piano di sicurezza e di salute - Notifica preliminare
1. Il committente o il responsabile dei lavori designa uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute, quali sono definiti all'articolo 2, lettere e) ed f), per un cantiere in cui sono presenti più imprese.

Infatti l'art. 3, commi 3 e 4 del D.Lgs. n. 494/96 condizionava detta designazione non solo alla sussistenza di "rischi particolari", ma anche alternativamente ad un'entità dimensionale del cantiere "pari o superiore ai 200 uomini-giorno".

Con l'emanazione del D.Lgs. n. 81/2008, al comma 11 dell'art. 90 (nel testo originario) si disponeva che la designazione dei coordinatori non operasse in caso di "lavori privati non soggetti a permesso di costruire" (salvo il caso di subappalto intervenuto dopo l'affidamento dei lavori o in corso d'opera, secondo le disposizioni dell'art. 92, comma 2 del decreto). Peraltro il citato art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, norma invocata dall'Italia innanzi alla

Corte di giustizia delle Comunità europee a giustificazione dell'intervenuto allineamento della normativa interna ai dettami della Direttiva 92/57/CEE, nondimeno venne ritenuta –già allora- dalla Commissione europea non aderente al dettato della Direttiva “cantieri”, giacchè essa continuava a prevedere una deroga all'obbligo di designare i coordinatori in caso di presenza di più imprese; obbligo che, al contrario, era previsto in termini assoluti dall'art. 3 della Direttiva comunitaria (consentendo la normativa Comunitaria, più limitatamente, deroghe alla sola redazione del Piano di sicurezza e di coordinamento).

A seguito delle modifiche apportate al Testo unico della sicurezza sul lavoro dal D.Lgs. n. 106/2009, si è arrivati al testo attuale dell'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, in base al quale l'obbligo relativo alla sola designazione del coordinatore per la progettazione (art. 90, comma 3) non opera in caso di *“lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000. In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori”*.

Ora, è evidente l'infelice formulazione della norma –cui si correlano concreti sospetti di incostituzionalità ex art. 3 Cost., nonché ex art. 76 Cost., in base al combinato disposto dell'art. 1, commi 3 e 6 della L. n. 123/2007- sia in relazione al diverso livello di sicurezza dipendente dalla natura pubblica o privata dell'appalto; sia avuto riguardo all'affidamento del parametro di “soglia” per la designazione dei Coordinatori agli strumenti della legislazione urbanistica, laddove la Direttiva 92/57/CEE considera la tipologia dei lavori non sotto il profilo urbanistico (di controllo del territorio), bensì in relazione all'entità dimensionale del cantiere e alla presenza di una pluralità di imprese, nonché alla sussistenza di fattori di rischio “particolare”; sia in relazione all'eccesso di delega consistente nell'abbassamento del livello di tutela rispetto alla normativa precedente.

In sintesi, il Testo Unico, come emendato dalla citata Legge Comunitaria n. 88/2009, accanto ai piccoli cantieri (quelli *“la cui entità presunta è inferiore a 200 uomini-giorno e i cui lavori non comportano rischi particolari di cui all'allegato XI”*), ha ritenuto di individuare *ex novo*, con un'operazione in tutti i sensi “fantasmagorica” e palesemente contraria alle chiare indicazioni contenute proprio in quella Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee cui si proponeva di dare esecuzione, la categoria dei cantieri relativi *“ai lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000”*. A tacer d'altro, basti valutare che, per come è scritta la norma, sotto i 100mila euro, qualunque sia il numero delle imprese esecutrici, la tipologia e la “particolarità” dei fattori di rischio presenti in cantiere, non solo si è esentati dalla redazione del Piano di sicurezza e coordinamento (PSC), in chiaro contrasto con quanto dispone l'art. 3, par. 2, comma 2 della Direttiva n. 57/92CEE,⁷ ma anche dalla designazione del

⁷ **Articolo 3 - Coordinatori - Piano di sicurezza e di salute - Notifica preliminare**

1. Il committente o il responsabile dei lavori designa uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute, quali sono definiti all'articolo 2, lettere e) ed f), per un cantiere in cui sono presenti più imprese.

Coordinatore per la progettazione (CSP), il che condanna la previsione normativa ad una inevitabile censura nella sede Comunitaria.

Va poi messa in evidenza l'esigenza di coordinare gli artt. 90, comma 11 e 92, comma 2 da un lato, con gli artt. 92, comma 1, lett. a) e lett. e), e 151, comma 2 dall'altro, del D.Lgs. n. 81/2008 (v. Tabella 2)

Tabella 2

D.Lgs. n. 81/2008	
Articolo 90 Obblighi del committente o del responsabile dei lavori	Articolo 92 Obblighi del coordinatore per l'esecuzione dei lavori
(omissis)	(omissis)
<p>11. La disposizione di cui al comma 3 non si applica ai lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000. In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori.</p>	<p>2. Nei casi di cui all'articolo 90, comma 5, il coordinatore per l'esecuzione, oltre a svolgere i compiti di cui al comma 1, redige il piano di sicurezza e di coordinamento e predispone il fascicolo, di cui all'articolo 91, comma 1, lettere a) e b), fermo restando quanto previsto al secondo periodo della medesima lettera b.</p>
Articolo 92 Obblighi del coordinatore per l'esecuzione dei lavori	Articolo 151 Ordine delle demolizioni
<p>1. Durante la realizzazione dell'opera, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori:</p> <p>a) verifica, con opportune azioni di coordinamento e controllo, l'applicazione, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi, delle disposizioni loro pertinenti contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'articolo 100 ove previsto e la corretta applicazione delle relative procedure di lavoro;</p> <p style="text-align: center;">(omissis)</p> <p>e) segnala al committente o al responsabile dei lavori, previa contestazione scritta alle imprese e ai lavoratori autonomi interessati, le inosservanze alle disposizioni degli articoli 94, 95, 96 e 97, comma 1 e alle prescrizioni del piano di cui all'articolo 100 ove previsto, e propone la sospensione dei lavori, l'allontanamento delle imprese o dei lavoratori autonomi dal cantiere, o la risoluzione del contratto. Nel caso in cui il committente o il responsabile dei lavori non adotti alcun provvedimento in merito alla segnalazione, senza fornire idonea motivazione, il coordinatore per l'esecuzione dà comunicazione dell'inadempienza alla azienda unità sanitaria locale e alla direzione provinciale del lavoro territorialmente</p>	(omissis)
	<p>2. La successione dei lavori deve risultare da apposito programma contenuto nel POS, tenendo conto di quanto indicato nel PSC, ove previsto, che deve essere tenuto a disposizione degli organi di vigilanza.</p>

2. Il committente o il responsabile dei lavori controlla che sia redatto, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute conformemente all'articolo 5, lettera b).

Previa consultazione delle parti sociali, gli Stati membri possono derogare al primo comma, tranne nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari quali sono enumerati all'allegato II.

competenti;	
-------------	--

Ora, non vi è dubbio che il comma 11 dell'art. 90 del TUSIC esenta la committenza, per alcune tipologie di cantieri (cantieri per lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000) non solo dalla designazione del Coordinatore per la progettazione, ma anche dalla redazione del PSC (giacché in caso contrario la norma non avrebbe senso pratico, risultando incomprensibile la ragione per la quale il PSC debba essere redatto da un soggetto altro e diverso dal CSP). Del resto la deroga consentita dal citato art. 3 della Direttiva 92/57/CEE è proprio quest'ultima (redazione del PSC), non invece la prima (designazione del CSP).

La conferma che la *ratio* dell'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 sia quella di esentare dalla redazione del PSC, si ricava inequivocabilmente dal fatto che sia l'art. 92, comma 1, lett. a) ed e), sia l'art. 151, comma 2 del D.Lgs. n. 81/2008 si riferiscono a casi in cui il PSC viene redatto solo "*ove previsto*": come dire che, nell'ambito della disciplina del Titolo IV, Capo I del Testo unico, vi sono ipotesi in cui il regime normativo è quello della esenzione dalla redazione del Piano di sicurezza e di coordinamento.

Ebbene, l'ipotesi in questione -esenzione dalla redazione del PSC- è proprio quella codificata nell'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008: a tale risultato peraltro (esenzione dalla redazione del PSC) il legislatore italiano è pervenuto indirettamente, stabilendo a monte l'esenzione dalla designazione del CSP (il che invece, per i motivi già detti, è contrario alle previsioni della Direttiva "cantieri"). E' così che -come si dice- per "far quadrare il cerchio", il legislatore del 2009, intervenendo con il D.Lgs. n. 106, ha ritenuto di scrivere il secondo periodo della norma ("*In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori*").

Il modello operativo ricavabile dall'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 è dunque il seguente:

nei cantieri per lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ai 100.000 euro, sussiste l'obbligo di designazione del solo CSE, il quale non è tenuto a redigere il PSC, ma solo a svolgere "le funzioni" del CSP.

Insomma, si introduce la figura di un CSE che assume un doppio statuto funzionale: quello che gli è proprio, e in aggiunta quello facente capo al CSP. Si badi, solo a queste condizioni (di consentire la deroga dalla redazione del PSC) l'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 può avere senso pratico: in caso contrario (laddove cioè il CSE dovesse redigere sempre e comunque il PSC), oltre l'insanabile conflitto con la locuzione "*ove previsto*" di cui ai citati artt. 92, comma 1, lett. a) ed e), e 151, comma 2 del D.Lgs. n. 81/2008, il contenuto pratico della norma si ridurrebbe al solo consentire che le funzioni di CSP e di CSE possano essere svolte dalla stessa persona (risultato questo già acquisito,

valutando la scansione temporale di rispettiva designazione, finanche in base al testo originario del D.Lgs. n. 494/96).

C'è poi un'ulteriore "impassé" interpretativa, concernente i cantieri privati non soggetti a permesso di costruire e comunque di importo inferiore ai 100.000 euro: in caso di "subappalto" ex art. 90, comma 5 del D.Lgs. n. 81/2008 (il che si verifica quando, "dopo l'affidamento dei lavori a un'unica impresa, l'esecuzione dei lavori o di parte di essi sia affidata a una o più imprese") il CSE è tenuto a redigere il PSC (come dispone testualmente l'art. 92, comma 2 del D.Lgs. n. 81/2008); mentre laddove la pluralità di imprese sussista *ab origine* (iniziale affidamento dell'incarico di progettazione), si è esentati dalla redazione del PSC ex art. 90, comma 11 del decreto.

LE INDICAZIONI DELLA CIRCOLARE N. 30/2009

In siffatto marasma normativo, è intervenuta la Circolare del Ministero del lavoro n. 30/2009, la quale in primo luogo ha indicato che l'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 "persegue la finalità di consentire al committente la nomina del solo coordinatore per l'esecuzione in cantieri non particolarmente complessi nei quali gli obblighi del coordinatore per la progettazione sono di entità tale da poter essere affidati all'unica figura del coordinatore per l'esecuzione".

Ora, si può ritenere che alcune tipologie di lavori in regime di DIA (ad es. i lavori di manutenzione ordinaria dei viadotti autostradali) diano luogo a cantieri "non particolarmente complessi"? E *quid iuris* in caso di sussistenza di fattori di rischio particolare di cui all'Allegato XI al D.Lgs. n. 81/2008 (situazione questa nella quale la Direttiva 92/57/CEE non concede alcuna deroga, né dalla designazione del CSP, né dalla redazione del PSC)?

Resosi conto dell'impossibilità di "far quadrare il cerchio" in base al testo delle norme, il Ministero del lavoro è intervenuto a forzare la mano per via interpretativa. Siccome, per come è scritto, l'art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 risulta in contrasto con le indicazioni della Direttiva "cantieri" (infatti il CSE deve essere designato in un momento di molto successivo alla designazione del CSP: "prima dell'affidamento dei lavori" il primo, "contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione" il secondo), il Ministero ha dato l'ulteriore indicazione che, nei cantieri riconducibili alla previsione dell'art. 90, comma 11 del Testo unico, il CSE deve essere nominato con la tempistica prevista per il CSP (v. Tabella 3),

Tabella 3

Circolare Ministero del lavoro n. 30 del 29 ottobre 2009
<i>(omissis)</i>
Nell'ipotesi di cui all'art. 90, comma 11, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori deve essere nominato contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione , in modo da consentire la piena realizzazione di tutti i compiti connessi al ruolo di coordinatore per la progettazione, anche nei casi in cui tale ruolo venga svolto dal coordinatore per l'esecuzione.

Alla luce di siffatta interpretazione del comma 11 dell'art. 90 del D.Lgs. n. 81/2008, il quale risulta "addomesticato" al testo della Direttiva comunitaria, viene peraltro meno il senso della locuzione di apertura della norma ("*La disposizione di cui al comma 3 non si applica...*"). Invero, se il CSE va designato come se fosse un CSP, qual è la differenza rispetto alla disciplina ordinaria? E se questa differenza la si voleva limitare al regime di esenzione dalla redazione del PSC, allora bisognava richiamare non l'art. 90, comma 3, bensì l'art. 91, comma 1, lett. a) del TUSIC (fermo restando il difetto di coordinamento, nel senso già evidenziato, con l'ipotesi di redazione "postuma" del PSC di cui all'art. 92, comma 2).

Insomma, un vero e proprio "pasticcio" normativo che la Circolare del Ministero del lavoro n. 30/2009, per quanto si sia sforzata, non è in grado di colmare.

CONCLUSIONI

Come si ricava dalle norme, il Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008 contempla ipotesi nelle quali il Piano di sicurezza e di coordinamento è redatto "*ove previsto*", segno che la sua redazione non è sempre obbligatoria; i casi di esenzione, disciplinati dall'art. 90, comma 11, entrano in insanabile conflitto con l'ipotesi del subappalto che prevede al contrario come obbligatoria la redazione del PSC (artt. 90, comma 5 e 92, comma 2); la clausola di esenzione dalla designazione del CSP, esplicitata nell'*incipit* dell'art. 90, comma 11 (contraria alla Direttiva 92/57/CEE) è stata svuotata di contenuto per via interpretativa; l'art. 90, comma 11 del Testo unico mantiene numerosi profili di sospetta -per non dire manifesta- incostituzionalità. Ce n'è a sufficienza per riflettere.

TESTO UNICO DELLA SICUREZZA SUL LAVORO: IL REGIME DELLA SOSPENSIONE DELL'ATTIVITA' IMPRENDITORIALE

Circolare Minlavoro n. 33/2009

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore



— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2010.

PREMESSA

Con la Circolare n. 33 del 10 novembre 2009, il Ministero del lavoro ha ritenuto l'opportunità, a fronte delle modifiche operate al Testo unico della sicurezza sul lavoro dal decreto integrativo n. 106/2009, di dettare indicazioni aggiornate, in una materia delicata qual è quella che implica l'adozione di provvedimenti di natura cautelare.

Vi è da dire che, con la Circolare n. 33/2009, il Ministero del lavoro ritiene superate le indicazioni già fornite con i precedenti provvedimenti (Circ. n. 29 del 28 settembre 2006; lett. Circ. 22 agosto 2007 n. 10797; Circ. n. 24 del 14 novembre 2007; Circ. n. 30 del 12 novembre 2008); dette indicazioni mantengono tuttavia la loro valenza operativa, in ossequio al principio di affidamento secondo buona fede da parte degli utenti, fino al 19 agosto 2009, data ultima di vigenza dell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008 nel testo originario.

CONTENUTI

a) la competenza

Nell'individuare i soggetti affidatari del potere di sospensione, il Ministero del lavoro erra nel ritenere che la variazione di attribuzione della competenza all'emissione del provvedimento interdittivo (non più soltanto al "*personale ispettivo*", bensì agli "*organi di vigilanza*" sia del Ministero sia -limitatamente all'accertamento della reiterazione delle violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro- delle Aziende USL) sia effetto di una modifica apportata dal D.Lgs. n. 106/2009; invero detta modifica era già contenuta nel testo originario dell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008, il quale aveva sul punto emendato il precedente dettato dell'art. 5 della L. n. 123/2007.

In ogni caso, al di là delle incerte ricostruzioni normative, il Ministero tiene a precisare che la titolarità del potere di sospensione cautelare spetta alla "*struttura*" (ossia all'ufficio da cui dipendono i funzionari ispettivi), non al funzionario *uti singuli*. Ciò significa che, ferma restando la possibilità, per il singolo ispettore munito della qualifica di Ufficiale di Polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 55-57 del Codice di procedura penale, di far ricorso agli strumenti cautelari di inibizione e di acquisizione della prova (sequestro, divieto d'uso di cui all'art. 20, comma 3 del D.Lgs. n. 758/94, perquisizione, etc.:

tra l'altro, laddove il sequestro penale coincida con il campo di applicazione del provvedimento di sospensione, prevarrà il primo), è il Dirigente dell'Ufficio a dover condividere il provvedimento di sospensione.

Quanto alle competenze, correttamente il Ministero precisa che, con riguardo all'accertamento di "gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro", il personale ispettivo delle DPL ha competenza unicamente per gli ambiti definiti dall'art. 13, comma 2 del Testo unico, laddove al contrario il personale ispettivo delle AUSL ha una competenza generale, secondo i principi.

b) la natura discrezionale del provvedimento di sospensione

Quanto alla natura discrezionale del provvedimento di sospensione, la Circolare n. 33/2009 conferma appieno l'orientamento già espresso con le precedenti Circolari n. 29/2006 e n. 24/2007, e cioè che il provvedimento di sospensione, sebbene concepito dal legislatore come "discrezionale", debba essere adottato "di norma" in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge, salva la valutazione di circostanze particolari (specificamente indicate nella Circolare ministeriale: situazioni di maggior pericolo per l'incolumità dei lavoratori o di terzi; compromissione del regolare funzionamento di una attività di servizio pubblico, salve le esigenze di tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost.; grave danno agli impianti, alle attrezzature di lavoro o ai beni prodotti dall'impresa) che suggeriscano in concreto l'opportunità di non adottarlo.

Ciò che la Circolare n. 33/2009 ulteriormente chiarisce, con riguardo alle c.d. "microimprese" (intese come realtà organizzative minime composte da un solo dipendente), è che, laddove il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dall'impresa (dovendosi intendere per lavoratore "qualsiasi prestatore di lavoro, anche autonomo, a prescindere dalla tipologia contrattuale utilizzata"), fermo restando il divieto di adottare il provvedimento di sospensione come stabilito dall'art. 14, comma 11-bis del D.Lgs. n. 81/2008 (in linea con le indicazioni della Direttiva Minlavoro 18 settembre 2008), si può nondimeno praticare "l'allontanamento del lavoratore stesso sino al momento in cui il datore di lavoro non abbia provveduto a regolarizzarne la posizione, anche e soprattutto sotto il profilo della sicurezza".

c) i presupposti per l'adozione del provvedimento di sospensione

Secondo il condivisibile orientamento della Circolare n. 33/2009, per lavoratore "in nero" si deve intendere qualsiasi lavoratore "sconosciuto alla P.A.". Quanto alla definizione di "lavoratore", l'area applicativa dell'istituto della sospensione cautelare coincide con la ampia definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 81/2008 (v. Tabella 1)

Tabella 1

D.Lgs. n. 81/2008
Art. 2 Definizioni
<p>1. Ai fini ed agli effetti delle disposizioni di cui al presente decreto legislativo si intende per:</p> <p>a) lavoratore: 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, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari.</p> <p>Al lavoratore così definito é equiparato:</p> <ul style="list-style-type: none">- il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso;- l'associato in partecipazione di cui all'articolo 2549, e seguenti del codice civile;- il soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e di cui a specifiche disposizioni delle leggi regionali promosse al fine di realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro o di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro;- l'allievo degli istituti di istruzione ed universitari e il partecipante ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le apparecchiature fornite di videoterminali limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alla strumentazioni o ai laboratori in questione;- i volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della protezione civile;- il lavoratore di cui al decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, e successive modificazioni;

sicchè l'accertamento deve avere natura sostanziale, come è il caso (citato dalla Circolare) dei lavoratori autonomi occasionali non genuini.

Quanto al caso di "gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro", in attesa della adozione del D.M. di loro individuazione, il D.Lgs. n. 106/2009 ha confermato l'indicazione che dette violazioni, le quali costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, sono quelle individuate nell'Allegato I al D.Lgs. n. 81/2008 (v. Tabella 2).

Tabella 2

D.Lgs. n. 81/2008
Allegato I
Gravi violazioni ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale
Violazioni che espongono a rischi di carattere generale
<ul style="list-style-type: none">• Mancata elaborazione del documento di valutazione dei rischi;• Mancata elaborazione del Piano di Emergenza ed evacuazione;• Mancata formazione ed addestramento;• Mancata costituzione del servizio di prevenzione e protezione e nomina del relativo responsabile;• Mancata elaborazione piano operativo di sicurezza (POS);
Violazioni che espongono al rischio di caduta dall'alto
<ul style="list-style-type: none">• Mancata fornitura del dispositivo di protezione individuale contro le cadute dall'alto;• Mancanza di protezioni verso il vuoto.
Violazioni che espongono al rischio di seppellimento
<ul style="list-style-type: none">• Mancata applicazione delle armature di sostegno, fatte salve le prescrizioni desumibili dalla relazione tecnica di consistenza del terreno.
Violazioni che espongono al rischio di elettrocuzione

- Lavori in prossimità di linee elettriche in assenza di disposizioni organizzative e procedurali idonee a proteggere i lavoratori dai conseguenti rischi;
- Presenza di conduttori nudi in tensione in assenza di disposizioni organizzative e procedurali idonee a proteggere i lavoratori dai conseguenti rischi;
- Mancanza protezione contro i contatti diretti ed indiretti (impianto di terra, interruttore magnetotermico, interruttore differenziale).

Violazioni che espongono al rischio d'amianto

- Mancata notifica all'organo di vigilanza prima dell'inizio dei lavori che possono comportare il rischio di esposizione ad amianto.

Va da sé che il concetto di "gravità" del rischio deve essere rapportato al modo di atteggiarsi dell'organizzazione di lavoro, dovendo esso riferirsi alle sole situazioni di pericolo "concreto", aventi intrinseca idoneità lesiva dell'integrità psico-fisica dei lavoratori).

Quanto alla nozione di "reiterazione", il D.Lgs. n. 106/2009 ha recepito il riferimento della Circolare n. 28/2006 all'istituto della "reiterazione amministrativa" di cui all'art. 8-bis della Legge n. 689/81, di generale applicazione agli illeciti amministrativi. Peraltro la nozione di reiterazione "prevenzionistica" codificata nell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008 (reiterazione **generica**, laddove sia violata più volte la medesima disposizione di legge; reiterazione **specificata**, in caso di violazione di disposizioni diverse) presenta molteplici implicazioni problematiche:

- in primo luogo, l'aver equiparato la decorrenza del quinquennio di osservazione ai fini della reiterazione, a due situazioni ancorate ad un lasso di tempo significativamente diverso: infatti l'ottemperanza alla prescrizione impartita dall'organo di vigilanza si esaurisce in un tempo molto più breve rispetto all'accertamento della violazione con sentenza definitiva, tenuto conto dei tempi necessari per l'esaurimento del contenzioso giurisdizionale: il che costituisce un incentivo per l'autore della violazione a non adire il procedimento spedito e deflattivo delineato dal D.Lgs. n. 758/94, con collaterale sacrificio, per il sistema prevenzionistico, del beneficio che sarebbe derivato dal ripristino, in tempi brevi, della legalità violata.
- in secondo luogo, il non aver disciplinato l'ipotesi della commissione di plurime violazioni prima del perfezionarsi della situazione che funge da *dies a quo* del quinquennio di osservazione: appare irragionevole che le medesime violazioni diano luogo, per numero e tipologia, alla reiterazione, solo qualora esse siano accertate in tempi diversi, non invece laddove l'accertamento della loro plurima commissione avvenga con un unico atto (atto di accertamento o sentenza definitiva);
- in terzo luogo, bene avrebbe fatto il legislatore a disciplinare l'ipotesi di violazioni plurime riconducibili ad una programmazione unitaria: va registrata, al contrario, l'assenza di un meccanismo di correzione, di fronte a violazioni che, sebbene plurime dal punto di vista giuridico-formale, appaiono però espressive di un unico sostanziale episodio di trasgressione [come è, ad esempio, il caso dell'omessa formazione e/o addestramento di "n" lavoratori, ovvero di violazioni c.d. "seriali" (ad es. in tema di DPI anticaduta)].

- in quarto luogo, non è regolata l'ipotesi che la violazione oggetto di prescrizione ottemperata sia oggetto di una pronuncia assolutoria o di archiviazione da parte della A.G., o addirittura di un successivo annullamento del verbale di accertamento, a seguito dell'esercizio, da parte dell'Organo di vigilanza, dei propri poteri di autotutela: in tal caso non si vede perché di tale violazione dovrebbe tenersi conto ai fini della reiterazione.

Il requisito dell'identità di indole delle violazioni è stato predeterminato *ex lege*, e non consente alcun esercizio di discrezionalità da parte del personale ispettivo dell'Organo di vigilanza (DPL, AUSL, VV.FF., etc.). E' chiaro poi che tanto il requisito della "gravità", quanto quello della "reiterazione" sono saldamente correlati all'Allegato I al D.Lgs. n. 81/2008: come dire che le violazioni "esterne" a detto Allegato I -sebbene plurime- non consentono in ogni caso l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale (ferma restando l'adozione degli altri strumenti cautelari consentiti dalla legislazione prevenzionistica e dalla procedura penale: ad es. divieto d'uso o sequestro di beni e attrezzature di lavoro). Anche qui si potrebbe disquisire lungamente su lacune e sul rispetto di profili di ragionevolezza.

Fermo restando che la nuova disciplina si applica alle violazioni commesse a partire dal 20 agosto 2009 -salva la sua applicazione retroattiva in applicazione del principio del "*favor rei*"- secondo la Circolare ministeriale essa va riferita all'attività di impresa oggettivamente considerata, indipendentemente dalla persona fisica sanzionata e che ha agito per conto dell'impresa stessa.

d) gli effetti del provvedimento di sospensione

Il provvedimento di sospensione opera "*in relazione alla parte dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni*" e, limitatamente ai casi di sospensione per lavoro "nero", a partire "*dalle ore dodici del giorno lavorativo successivo ovvero dalla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non può essere interrotta, salvo che non si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o dei terzi*". Ovviamente la valutazione discrezionale del singolo caso concreto è rimessa all'Organo di vigilanza accertatore.

e) l'inottemperanza al provvedimento di sospensione

Va detto chiaramente che l'inottemperanza al provvedimento di sospensione dà luogo ad una condotta non coercibile. Tuttavia, traducendosi detta inottemperanza in un reato istantaneo con effetti permanenti, in caso di inerzia del contravventore ed in presenza di situazioni di pericolo concreto (tanto più se grave ed imminente) per l'integrità psico-fisica dei lavoratori, appare praticabile il ricorso, da parte dei funzionari dell'Organo di vigilanza nella loro qualità di Ufficiali di Polizia giudiziaria, al sequestro preventivo a fini cautelari di ciò che consente l'esercizio dell'attività imprenditoriale (art. 321, comma 3-bis c.p.p.).

CONCLUSIONI

La Circolare n. 33/2009 ha cercato di fare luce su uno degli istituti più controversi e problematici del nuovo Testo unico, allo scopo sia di rendere trasparente, sia di uniformare l'azione degli Organi di vigilanza territorialmente competenti in ordine all'accertamento delle violazioni prevenzionistiche. La complessità dell'art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008 pone all'interprete molteplici interrogativi, alcuni dei quali rimangono tuttora irrisolti, in attesa delle necessarie e attese pronunce giurisprudenziali e dei competenti organi amministrativi.

Il ruolo del CSE: svolta della Cassazione

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore
— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2010.



PREMESSA

Davvero non c'è bisogno di informare gli addetti ai lavori, segnatamente chi si occupi quotidianamente e professionalmente di sicurezza sul lavoro in cantiere, che l'orientamento della Corte di cassazione sul ruolo del Coordinatore per l'esecuzione è stato per lungo tempo rivolto ad equiparare il CSE ad un secondo Datore di lavoro. Nella sostanza, ciò dipendeva fondamentalmente da una grossolana –finanche inesistente- percezione, da parte dei Giudici, della distinzione tra rischi “di cantiere” e rischi “di impresa”, così come della conseguente necessità di individuare sempre preliminarmente, come opzione di metodo, ai fini della valutazione dell'esposizione alla responsabilità, in quale delle due aree si collochi, caso per caso, la matrice del rischio infortunistico e di salute.

Di tale impropria sovrapposizione del ruolo funzionale del CSE con quello del DDL prevenzionistico sono espressione numerose pronunce (*ex multis* Cass. pen. sez. IV, 4 luglio 2008, n. 27442; Cass. pen. sez. IV, 10 luglio 2008, n. 28525; Cass. pen. sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38002; Cass. pen. sez. IV, 12 novembre 2008, n. 42131; Cass. pen. sez. IV, 24 aprile 2009, n. 17631 e di Cass. pen. sez. IV, 30 giugno 2009, n. 26664), secondo le quali la tesi che vorrebbe restringere l'ambito delle funzioni del Coordinatore “*soltanto a compiti organizzativi e di raccordo o di collegamento tra le varie imprese che collaborano nella realizzazione dell'opus, urta contro il preciso dettato della norma, la quale gli assegna anche il compito di vigilare sulla corretta osservanza da parte delle imprese delle prescrizioni del piano di sicurezza e la scrupolosa applicazione delle procedure di lavoro e ciò a maggior garanzia dell'incolumità dei lavoratori*”.

Siffatto indirizzo, che ha ricevuto commenti critici da parte di autorevole Dottrina, anche giurisprudenziale-⁸ deve essere oggi rivisitato alla luce di due importanti pronunce della Suprema corte, di recente emanazione, le quali hanno segnato un *revirement* e –si spera- condizionato positivamente anche l'orientamento futuro dei Giudici di legittimità.

L'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE PREVALENTE

Come detto, i Giudici della Cassazione, pur affermando apoditticamente che il Coordinatore per l'esecuzione esprime una posizione di garanzia che non si sovrappone a quelle delle imprese, ma ad esse si affianca per realizzare, attraverso la valorizzazione di una figura unitaria con compiti di coordinamento e controllo, la massima garanzia dell'incolumità dei lavoratori, di fatto il più delle volte hanno sanzionato il CSE anche per inosservanze contravvenzionali alla normativa di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro, tipicamente riconducibili al c.d. “statuto” dell'impresa. Il rischio di gran lunga statisticamente incidente su questo errore di prospettiva valutativa, è

⁸ Si vedano in particolare i contributi di **A. BISIGNANO**, DIECI ANNI NEL DIRITTO VIVENTE PER IL D.LGS. N. 494/1996, in questa rivista, n. 7/2006, di **L. PONIZ**, IL SISTEMA DI COORDINAMENTO NEI CANTIERI, in questa rivista, n. 7/2008.

costituito dalle cadute dall'alto, situazioni queste che, pur rappresentando un rischio tipico dell'impresa nel settore edile, nondimeno sono state attribuite alla responsabilità del CSE, con ciò confondendo il momento di individuazione e di valutazione del rischio (doverosamente indicato dal Coordinatore per la progettazione nel Piano di sicurezza e di coordinamento), con il successivo momento gestionale inerente la fase di esecuzione dei lavori.

Così, ad esempio, è stata affermata la responsabilità del Coordinatore per l'esecuzione anche in casi in cui erano state riscontrate violazioni alla normativa in tema di opere provvisoriale (Cass. pen. sez. III, 8 ottobre 2004, n. 45054; Cass. pen. sez. III, 12 ottobre 2004, n. 39869; Cass. pen. sez. IV, 23 settembre 2005, n. 34160; Cass. pen. sez. IV, 21 giugno 2006, n. 21485); così come avuto riguardo a situazioni di inefficienza strutturale e/o funzionale relative ad attrezzature di lavoro utilizzate dalle imprese.

IL NUOVO ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE

L'orientamento nuovo della Cassazione, sostanzialmente riconducibile alla penna di un Giudice che ha "evoluto se stessa" rispetto a pronunciamenti precedenti, appare di indubbia esattezza e pregio argomentativo.

Si tratta delle decisioni di Cass. pen. sez. IV, 14 gennaio 2010, n. 1490 (Est. Blaiotta) e di Cass. pen. sez. IV, 13 maggio 2010, n. 18149 (Est. Blaiotta). In luogo di avallare la pregressa tesi degli "intrecci di responsabilità" e della "confusione dei ruoli" tra committenza, coordinatori e imprese, la Suprema Corte ha correttamente ritenuto che, proprio in considerazione del ruolo di collaboratore del committente che caratterizza la figura del coordinatore per la sicurezza, necessariamente ne consegue per l'interprete la necessità di un'analisi e una lettura della normativa al fine di delineare, in base ad essa, la specifica sfera di gestione del rischio del CSE. Così come per il Committente, anche per il Coordinatore –segnatamente il CSE- la funzione di vigilanza "è *"alta" e non si confonde con quella operativa demandata al datore di lavoro ed alle figure che da esso ricevono poteri e doveri: il dirigente ed il preposto. Tanto è vero che il coordinatore articola le sue funzioni in modo formalizzato: contestazione scritta alle imprese delle irregolarità riscontrate per ciò che riguarda la violazioni dei loro doveri "tipici", e di quelle afferenti all'inosservanza del piano di sicurezza e di coordinamento; indi segnalazione al committente delle irregolarità riscontrate. Solo in caso di imminente e grave pericolo direttamente riscontrato è consentita la immediata sospensione dei lavori. Appare dunque chiara la rimarcata diversità di ruolo rispetto al datore di lavoro delle imprese esecutrici: un ruolo di vigilanza che riguarda la generale configurazione delle lavorazioni e non la puntuale stringente vigilanza, momento per momento, demandata alle figure operative (datore di lavoro, dirigente, preposto)"*.

La Cassazione ha poi affrontato due aspetti inerenti il contenuto del ruolo prevenzionistico facente capo al Coordinatore per l'esecuzione: il coordinamento e la presenza in cantiere. Quanto al primo, ne ha dedotto l'esercizio a fronte di riunioni di coordinamento con cadenza **settimanale**, "*sebbene non formalizzate*"; quanto alla seconda, ha ritenuto sufficiente il recarsi "*con una certa frequenza nel cantiere*". Nel rispetto di tali condizioni, i Giudici di legittimità hanno ritenuto la condotta del CSE "*conforme al modello di vigilanza "alta" più volte evocata e distinta dalla vigilanza operativa demandata all'appaltatore*".

LA NOSTRA POSIZIONE

Invero, ciò che nell'assetto normativo derivante dal recepimento della Direttiva "cantieri" (Direttiva comunitaria 92/57/CEE) rileva a delimitare lo statuto funzionale dei Coordinatori (e che nel passaggio dal D.Lgs. n. 494/96 al D.Lgs. n. 81/2008 è rimasto assolutamente invariato), è la categoria dei rischi c.d. "interferenziali" (o "di cantiere), i quali sono rischi aggiuntivi rispetto ai c.d. rischi "intra-aziendali" [(tali essendo i rischi specifici propri delle Imprese esecutrici, governati dal Piano operativo di sicurezza (POS)].

Si può così affermare che alla tradizionale e già esistente dimensione della sicurezza "intra-aziendale", disciplinata dal D.Lgs. n. 626/94, prima il D.Lgs. n. 494/96, e in un secondo momento il Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008, hanno affiancato la dimensione della sicurezza c.d. "integrata" di cantiere. In siffatto sistema di bipartizione dei fattori di rischio professionale, per quanto attiene all'assolvimento degli obblighi di sicurezza e di salute, vale la seguente distinzione:

- relativamente ai fattori di rischio "intra-aziendali", si applica la disciplina dettata dalla normativa generale (Titoli I-III e V-XI del D.Lgs. n. 81/2008 -ex D.Lgs. n. 626/94). La Direttiva 92/57/CEE esprime chiaramente all'art. 7, paragrafo 2 (*"L'applicazione degli articoli 5 e 6 e del paragrafo 1 del presente articolo lascia impregiudicato il principio della responsabilità dei datori di lavoro prevista dalla direttiva 89/391/CEE"*) il principio per il quale sono i datori di lavoro delle Imprese esecutrici a dover adempiere agli obblighi di sicurezza inerenti alle proprie lavorazioni. Tra questi obblighi facenti capo al datore di lavoro rientra ad esempio anche quello del rispetto della normativa di prevenzione nel rapporto uomo-DPI e uomo-attrezzatura di lavoro.
- per il profilo della sicurezza "integrata" di cantiere, spetta invece:
 - al Coordinatore per la progettazione l'analisi e la valutazione dei rischi "interferenziali" (intendendosi per tali i rischi derivanti da "lavorazioni interferenti": punti 2.1.2 lett. c), 2.2.3 e 2.3 dell'Allegato XV al D.Lgs. n. 81/2008 – Contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili: ad es. quelli derivanti dall'esposizione a rumore, quelli di elettrocuzione, o quelli derivanti dall'utilizzazione di impianti comuni -come un ponteggio- da parte dei lavoratori di più Imprese);
 - al Coordinatore per l'esecuzione l'obbligo di gestire tali fattori di rischio (ma non anche l'obbligo di gestire i rischi specifici inerenti all'attività di ciascuna Impresa esecutrice, il quale obbligo ricade e fa capo all'area datoriale di lavoro).

Ne consegue che, al fine di una corretta valutazione e delimitazione dell'area di esposizione alla responsabilità penale, si deve compiere un'operazione preliminare assolutamente necessaria, sul piano del metodo, per la corretta interpretazione della normativa prevenzionistica; consistente nel delineare preliminarmente, con riguardo a ciascun infortunio sul lavoro o malattia professionale e a ciascun cantiere, la rispettiva fisionomia e l'ambito dei rischi "intra-aziendali" rispetto ai rischi "di cantiere".

Solo nel rispetto di tale opzione, giuridicamente rilevante, se ne possono trarre, in termini di correttezza del metodo di applicazione del modello normativo costituito dal Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008, le conseguenze in tema di responsabilità soggettive.

Invero il ruolo del CSE è quello di essere "gestore" dei soli rischi di cantiere, non anche dei rischi intra-aziendali. Infatti nell'Allegato XV al D.Lgs. n. 81/2008, Punti 2.1.2.,

lett. c) ed e) e 2.3.2.), l'obbligo per il CSE di elaborare idonee misure preventive e protettive, è previsto e circoscritto alle sole "lavorazioni interferenti".

Non è compito del Coordinatore per l'esecuzione ricercare attivamente, indagando, la sussistenza nel cantiere di eventuali inosservanze da parte delle Imprese (ad es. controllando lo stato di ogni macchina e attrezzatura di lavoro, opera provvisoria e così via, sia sotto il profilo dell'idoneità strutturale, sia sotto il profilo del montaggio a regola d'arte), né verificare l'idoneità dei POS delle Imprese laddove i profili di rischio assumano –come è di tutta evidenza nel caso di specie- natura non interferenziale: così ritenendo, il ruolo del CSE verrebbe invero a confondersi con quello del direttore tecnico di cantiere (che per tradizione è un dirigente dell'Impresa, con compiti di generale sovrintendimento delle maestranze: v. Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 1981, Battana; Cass. pen., sez. IV, 29 ottobre 1980, Fabbri; Cass. pen., sez. VI, 10 luglio 1976, Mori; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 1975, Scibessi) e ne risulterebbe stravolta la "filosofia" generale che è alla base del Titolo IV, Capo I del D.Lgs. n. 81/2008 (già D.Lgs. n. 494/96).

Dunque il Coordinatore per l'esecuzione, lungi dall'essere una sorta di secondo Datore di lavoro, ha uno statuto funzionale –di cui fanno parte anche gli obblighi di verifica di cui all'art. 92 del D.Lgs. n. 81/2008- limitato alla gestione, attraverso le disposizioni del Piano di sicurezza e di coordinamento, dei soli rischi "di cantiere".

Invero la valutazione del "raggio di azione" del citato art. 92 del D.Lgs. n. 81/2008 –che costituisce il c.d. "statuto funzionale" del Coordinatore per l'esecuzione- non può non essere collegata al disposto dell'art. 90, comma 3, stesso decreto. Ne deriva che l'esercizio del coordinamento nei cantieri edili è ineludibilmente correlato ai presupposti richiesti da quest'ultima disposizione, la quale fa riferimento al requisito della "presenza di più imprese esecutrici, anche non contemporanea".⁹ Il parametro di "taratura" legislativa del coordinamento nei cantieri edili è dunque la "presenza di più imprese esecutrici": e ciò vale non solo in relazione all'obbligo del Committente di designazione dei Coordinatori (art. 90, commi 3 e 4 del D.Lgs. n. 81/2008), ma anche per ciò che attiene all'obbligo di esercizio del coordinamento tra le imprese durante la fase di realizzazione dell'opera edile o di ingegneria civile (art. 92 del D.Lgs. n. 81/2008).

Non a caso l'art. 3 della Direttiva 92/57/CEE, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE), dispone che il committente o il responsabile dei lavori "designa uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute, quali sono definiti all'articolo 2, lettere e) ed f), per un cantiere in cui sono presenti più imprese".

Dalla disamina della normativa prevenzionistica regolante il settore delle costruzioni edili emerge dunque che gli obblighi delineati all'art. 92 del D.Lgs. n. 81/2008 si esercitano condizionatamente alla sussistenza dell'obbligo del coordinamento, e che è inequivoca la limitazione sia di contenuto del PSC, sia funzionale del Coordinamento, ai soli rischi di natura interferenziale ed alle interferenze "tra le lavorazioni".

Basti considerare, al riguardo, l'evoluzione sul tema della normativa (v. Tabella 1)

Tabella 1

⁹ Sul tema, *amplius*, L. PONIZ, IL SISTEMA DI COORDINAMENTO NEI CANTIERI, cit..

DPR n. 222/2003

(ora abrogato dall'art. 146, comma 1, lett. a)
del D.Lgs. n. 106 del 3 agosto 2009)

**CONTENUTI MINIMI DEI PIANI DI SICUREZZA NEI CANTIERI TEMPORANEI O MOBILI
CAPO SECONDO**

Piano di sicurezza e di coordinamento

Articolo 2. Contenuti minimi.

1. Il PSC è specifico per ogni singolo cantiere temporaneo o mobile e di concreta fattibilità; i suoi contenuti sono il risultato di scelte progettuali ed organizzative conformi alle prescrizioni dell'articolo 3 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modificazioni.

2. Il PSC contiene almeno i seguenti elementi:

(*omissis*)

c) una relazione concernente l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi concreti, in riferimento all'area ed all'organizzazione del cantiere, alle lavorazioni **ed alle loro interferenze**;

(*omissis*)

3. Contenuti minimi del PSC in riferimento all'area di cantiere, all'organizzazione del cantiere, alle lavorazioni.

3. In riferimento alle lavorazioni, il coordinatore per la progettazione suddivide le singole lavorazioni in fasi di lavoro e, quando la complessità dell'opera lo richiede, in sottofasi di lavoro, ed **effettua l'analisi dei rischi presenti**,

(*omissis*)

D.Lgs. n. 81/2008

(testo precedente alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 106/2009)

CONTENUTI MINIMI DEI PIANI DI SICUREZZA NEI CANTIERI TEMPORANEI O MOBILI

2. Piano di sicurezza e di coordinamento

2.1 Contenuti minimi.

2.1.1. Il PSC è specifico per ogni singolo cantiere temporaneo o mobile e di concreta fattibilità; i suoi contenuti sono il risultato di scelte progettuali ed organizzative conformi alle prescrizioni dell'articolo 15 del presente decreto.

2.1.2. Il PSC contiene almeno i seguenti elementi:

(*omissis*)

c) una relazione concernente l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi in riferimento all'area ed all'organizzazione dello specifico cantiere, **alle lavorazioni interferenti ed ai rischi aggiuntivi rispetto a quelli specifici propri dell'attività delle singole imprese esecutrici o dei lavoratori autonomi**;

(*omissis*)

2.2 Contenuti minimi del PSC in riferimento all'area di cantiere, all'organizzazione del cantiere, alle lavorazioni.

2.2.3. In riferimento alle lavorazioni, il coordinatore per la progettazione suddivide le singole lavorazioni in fasi di lavoro e, quando la complessità dell'opera lo richiede, in sottofasi di lavoro, ed **effettua l'analisi dei rischi aggiuntivi, rispetto a quelli specifici propri dell'attività delle imprese esecutrici o dei lavoratori autonomi**, connessi in particolare ai seguenti elementi:

(*omissis*)

D.Lgs. n. 81/2008

(testo aggiornato alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 106/2009)

CONTENUTI MINIMI DEI PIANI DI SICUREZZA NEI CANTIERI TEMPORANEI O MOBILI

2. Piano di sicurezza e di coordinamento

2.1 Contenuti minimi.

2.1.1. Il PSC è specifico per ogni singolo cantiere temporaneo o mobile e di concreta fattibilità; i suoi contenuti sono il risultato di scelte progettuali ed organizzative conformi alle prescrizioni dell'articolo 15 del presente decreto.

2.1.2. Il PSC contiene almeno i seguenti elementi:

(*omissis*)

c) una relazione concernente l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi concreti con riferimento all'area ed alla organizzazione del cantiere, alle lavorazioni **ed alle loro interferenze**;

(*omissis*)

2.2 Contenuti minimi del PSC in riferimento all'area di cantiere, all'organizzazione del cantiere, alle lavorazioni.

2.2.3. In riferimento alle lavorazioni, il coordinatore per la progettazione suddivide le singole lavorazioni in fasi di lavoro e, quando la complessità dell'opera lo richiede, in sottofasi di lavoro, ed **effettua l'analisi dei rischi presenti**, con riferimento all'area e alla organizzazione del cantiere, alle lavorazioni e alle loro interferenze, **ad esclusione di quelli specifici propri dell'attività dell'impresa**, facendo in particolare attenzione ai seguenti:

(omissis)

Quanto all'obbligo di presenza minima del CSE in cantiere, la Cassazione ha fatto leva sul parametro della "frequenza", sebbene sarebbe stato più corretto richiamare il più stringente parametro dell' "assiduità", tipicamente associabile al disimpegno degli obblighi in materia di vigilanza (sul tema, con riguardo alla figura dei preposti, Cass. civ., sez. Lavoro 10-07-1996, n. 6282). Viene in tal modo ad essere confermato il principio contenuto in una importante sentenza della Suprema Corte (Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2005, n. 1238), secondo cui *"Il dovere di presenza costante del datore di lavoro e dei soggetti ad esso equiparati sul luogo di lavoro va inteso come obbligo di assicurare, più che la presenza fisica che non è in sé necessariamente idonea a garantire la sicurezza dei lavoratori, la "gestione" oculata dei luoghi di lavoro mediante l'aver posto in essere tutte le misure imposte normativamente (informazione, formazione, attrezzature idonee e presidi di sicurezza), nonché ogni altra misura idonea, per comune regola di prudenza e di diligenza, a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro"*.

Il dato di sintesi giuridicamente rilevante è dunque che il Coordinatore per l'esecuzione, in quanto soggetto destinatario di obblighi prevenzionistici, curi di predisporre preventivamente moduli organizzativi adeguati, e di assicurarsi che sul luogo di lavoro sia presente, in sua assenza, un soggetto in grado di garantire efficacemente il rispetto delle norme di sicurezza e di salute.¹⁰

Con riguardo, da ultimo, alle riunioni di coordinamento, sebbene la loro verbalizzazione non costituisca una condizione essenziale –bensì una condizione strategica di evidenza documentale da opporre a sostegno della "assenza di colpa" con efficacia persuasiva "ora "per allora"; la prassi suggerisce per esse una cadenza non più che bisettimanale, ovviamente da correlarsi ad eventuali "fasi critiche" del processo costruttivo [v. art. 100 del D.Lgs. n. 81/2008 e All. XV, Punto 1.1.1., lett. f)]. Non a caso la Determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 3 del 5 marzo 2008 dopo avere puntualizzato che *"In assenza di interferenze non occorre redigere il DUVRF"*, suggerisce tuttavia di predisporre in ogni caso evidenza documentale dell'attività svolta, al fine di poter rendere conto che *"la valutazione dell'eventuale esistenza di interferenze è stata comunque effettuata, anche se solo per escluderne l'esistenza"*. Analoga considerazione dovrebbe valere, ad esempio, in tema di verifica dell'idoneità del POS delle imprese da parte del CSE.

CONCLUSIONI

A distanza di oltre un decennio dal recepimento della Direttiva 92/57/CEE, La Cassazione, ha cominciato ad assaporarne lo "spirito" e la "ratio legis", uscendo

¹⁰ Sul tema v., *amplius*, P. SOPRANI, DATORE DI LAVORO E COORDINATORE PER L'ESECUZIONE: UNA QUESTIONE PIÙ DI GESTIONE CHE DI PRESENZA, in questa rivista, N. 4/2005.

finalmente da un cortocircuito concettuale nel quale si era pericolosamente infilata; cortocircuito il quale poggiava su un malcelato assioma (CSE=DDL), totalmente sconosciuto al paradigma normativo Comunitario e nazionale.

Confidiamo che il mutamento di rotta e di indirizzo Giurisprudenziale segni un punto di non ritorno nel percorso interpretativo dei Giudici di legittimità, idoneo ad assicurare stabilmente ai professionisti quotidianamente impegnati nei cantieri edili, consapevolezza del proprio ruolo e affidamento nell'azione valutativa e decisoria della Magistratura.

Coordinatori nei cantieri “minori”: nuova bocciatura della Corte UE

a cura di **Pierguido Soprani** – Avvocato e pubblicitista – Autore
— Articolo tratto dalla Rivista **Igiene&Sicurezza del lavoro**, IPSOA Ed., 2010.



PREMESSA

In un precedente articolo di commento alle Osservazioni scritte presentate dalla Commissione dell’Unione Europea, nella causa C-224/09 (Giurisdizione di rinvio: Tribunale di Bolzano - Italia),¹¹ avevamo paventato il rischio di una seconda “bocciatura” della normativa italiana (dopo quella clamorosa avente ad oggetto l’art. 3, commi 3 e 4 del D.Lgs. n. 494/1996, intervenuta poco dopo l’entrata in vigore del Testo Unico della sicurezza sul lavoro (Sent. CGCE 25 luglio 2008, in Causa C-504/06). Ciò in quanto ritenevamo fondati i dubbi interpretativi sollevati nel ricorso, e al contempo giuridicamente deboli le Osservazioni presentate dal Governo italiano (Osservazioni che, *medio tempore*, sono state trasfuse nella circolare del Ministero del lavoro 29 ottobre 2009, n. 30).¹²

Si registra ora l’avveramento della predizione: con Sentenza del 7 ottobre 2010 (Quinta Sezione, Causa C-224/09) la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha puntualmente, correttamente e nuovamente censurato l’Italia, questa volta avendo a riguardo l’art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, nel testo precedente alle modifiche apportate dall’art. 39 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (Legge Comunitaria 2008).

L’ANALISI GIURIDICA

Come è noto, l’art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, nel testo originario, stabiliva che “*In caso di lavori privati, la disposizione di cui al comma 3 non si applica ai lavori non soggetti a permesso di costruire. Si applica in ogni caso quanto disposto dall’articolo 92, comma 2*”. Ciò equivaleva all’esonero dall’obbligo di designazione del CSP (e, in verità, anche del CSE, per effetto della clausola di rinvio –espressa dalla locuzione “*Nel caso di cui al comma 3*”- contenuta nell’ *incipit* del comma 4 dell’art. 90), e conseguentemente anche dall’obbligo di redazione del PSC.

La Corte di Giustizia UE è stata chiara nell’analisi giuridica generale, sebbene contraddittoria tra le premesse (corrette) del ragionamento (trasfuse nel punto 1) del dispositivo della decisione), e le conclusioni cui essa è pervenuta (trasfuse nel punto 2) del dispositivo).

Invero, dopo avere richiamato il principio, espresso nella precedente pronuncia del 25 luglio 2008 (Causa C-504/06), secondo cui l’art. 3, par. 1 della direttiva 92/57/CEE stabilisce senza equivoci l’obbligo di nominare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute per ogni cantiere in cui sono presenti più imprese; che il suddetto articolo 3 è norma che “*non ammette alcuna deroga*”; che tale obbligo di nomina di un coordinatore opera “*indipendentemente dalla circostanza che i lavori siano soggetti o meno a*

¹¹ P. Soprani, *Rischio di ulteriori censure da parte della Corte CE*, in *ISL*, 2010, 3, 135.

¹² Per il commento alla circolare n. 30/2009, P. Soprani, *Cantieri con il solo CSE: i chiarimenti del Ministero*, in *ISL*, 2010, 1, 5.

permesso di costruire ovvero che tale cantiere comporti o no rischi particolari"; e che il coordinatore deve essere designato "all'atto della progettazione dell'opera o, comunque, prima dell'esecuzione dei lavori", è tuttavia giunta alla non condivisibile affermazione –contraria, oltre che al testo, alla stessa "ratio" intrinseca del coordinamento (la quale presuppone quantomeno la presenza nel cantiere di due distinte organizzazioni di lavoro strutturate in forma di impresa)- secondo cui (punto 28 della motivazione della Sentenza) "**l'obbligo risultante dall'art. 3, n. 2, della direttiva 92/57 di redigere, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute deve essere inteso nel senso che esso vale per tutti i cantieri i cui lavori comportano rischi particolari, quali quelli elencati nell'allegato II di questa direttiva, o per i quali è richiesta una notifica preliminare, essendo irrilevante a tale riguardo il numero d'impresе presenti nel cantiere**".

Al successivo punto 29 della motivazione della Sentenza (corrispondente al punto 2) del dispositivo della decisione), la Corte di Giustizia è addirittura pervenuta all'affermazione di un principio intrinsecamente contraddittorio, oltre che contrario al chiaro dettato dell'art. 3 della Direttiva 92/57/CEE. Secondo la valutazione della Corte, sarebbe riduttivo ritenere che l'obbligo, per il coordinatore per l'esecuzione, di redigere un piano di sicurezza e di salute sia limitato al "solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese", giacchè detto obbligo deve assumere come criterio fondamentale la sussistenza di "rischi particolari quali contemplati all'allegato II della direttiva 92/57".

Ora, secondo la Corte di Giustizia, il PSC andrebbe pertanto redatto sia nel caso della "presenza di più imprese", sia nel caso di sussistenza di "rischi particolari", indipendentemente dal numero di imprese presenti nel cantiere.

Ebbene, su tale seconda affermazione di principio non si può non registrare la bizzarra anomalia di una interpretazione "conforme" (qual è quella istituzionalmente resa dalla Corte UE) che si pone, tuttavia, in evidente contrasto con il tenore letterale delle norme (nel caso di specie la direttiva 92/57/CEE). Non foss'altro che per il fatto che il PSC deve necessariamente essere redatto dal Coordinatore (di regola durante la fase di progettazione); e che, a norma del già citato art. 3, par. 1 della Direttiva 92/57/CEE, il Coordinatore deve essere nominato solo "per un cantiere in cui sono presenti più imprese"; ne consegue che la sussistenza di "rischi particolari" è una condizione c.d. particolare, rispetto alla condizione generale costituita dalla "presenza di più imprese". Vero è dunque che, se non risulta avverata la *condicio generalis* ("presenza di più imprese"), ai fini della nomina dei Coordinatori non può affatto operare –come al contrario ritiene la Corte di Giustizia- la *condicio particularis* (sussistenza di "rischi particolari").

Insomma, secondo la Corte il PSC andrebbe obbligatoriamente redatto anche nei cantieri in cui opera una sola impresa, qualora sussistano i "rischi particolari" di cui all'Allegato II della Direttiva (attuale Allegato XI del D.Lgs. n. 81/2008): il che è non solo paradossale in termini di aderenza concettuale alla logica del "coordinamento" (la quale postula quale condizione indefettibile, come si legge anche nella Relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 528/1999, la previsione della "presenza, anche non contemporanea, di più imprese"), ma è anche contrario a quanto la stessa Corte ha già avuto modo di esprimere al punto 35 della citata Sentenza 25 luglio 2008 (Causa C-504/06), secondo cui il tenore letterale dell'art. 3, n. 1, della direttiva 92/57 "è chiaro e preciso e...stabilisce senza equivoci l'obbligo di nominare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute per ogni cantiere in cui sono presenti più imprese"

[affermazione questa richiamata al punto 22 della Sentenza del 7 ottobre 2010 (Causa C-224/09)].

Insomma, la Corte di Giustizia ha concettualmente “svalicato” rispetto allo stesso testo della Direttiva CEE; portando il suo ragionamento giuridico-interpretativo delle norme oltre il significato letterale delle medesime.

Resta fermo, peraltro, che il legislatore italiano non ha alcun dovere di adeguarsi alle indicazioni della Corte, laddove la legislazione interna, sotto il cennato profilo della “presenza di più imprese”, risulti aderente al testo della Direttiva 92/57/CEE (ciò che, nel caso dell’Italia, è confermato dal tenore dell’art. 90, commi 3 e 4 de D.Lgs. n. 81/2008.¹³

CONCLUSIONI

Dunque, alla primaria condizione generale che nel cantiere si registri la presenza, simultanea ovvero non contemporanea, di più imprese, il Committente è tenuto inderogabilmente a designare *“uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute”*; qualora non sussistano “rischi particolari”, egli può derogare al solo obbligo di redazione del Piano di sicurezza e di coordinamento, previa consultazione delle parti sociali. La sussistenza di “rischi particolari” non è invece ex se condizione sufficiente per determinare (qualora nel cantiere si registri la presenza di una sola impresa) l’insorgenza dell’obbligo di nomina dei Coordinatori.

E’ alla luce di tali principi, aderenti alla normativa Comunitaria, che deve essere letto ed interpretato il testo attuale dell’art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 (a seguito delle modifiche apportate dalla Legge Comunitaria n. 88/2009), in base al quale l’obbligo relativo alla sola designazione del coordinatore per la progettazione (art. 90, comma 3) non opera in caso di *“lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000. In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori”*. Non si può pertanto ritenere che, qualunque sia il numero delle imprese esecutrici, la tipologia e la “particolarità” dei fattori di rischio presenti in cantiere, sotto i 100mila euro si sia esentati non solo dalla redazione del Piano di sicurezza e coordinamento (in chiaro contrasto con quanto dispone l’art. 3, par. 2, comma 2 della Direttiva n. 57/92CEE),¹⁴ ma anche dalla designazione del Coordinatore per la progettazione (CSP).

Ed è in questo contesto sempre più confuso che è intervenuta, come è noto, la Circolare del Ministero del lavoro n. 30/2009, la quale, muovendo dalla considerazione che l’art.

¹³ Altra cosa è valutare l’aderenza della predetta normativa italiana allo standard comunitario, relativamente al sistema di computo delle imprese, che è stato limitato alle sole imprese “esecutrici”, laddove la Direttiva CEE parla di imprese “tout court”, mostrando dunque di ricomprendervi appieno anche le imprese fornitrici al pari di qualunque altra organizzazione di lavoro che, seppur non direttamente impegnata nel processo costruttivo dell’opera edile o di ingegneria civile, abbia una “presenza operativa” nel cantiere.

¹⁴ **Articolo 3 - Coordinatori - Piano di sicurezza e di salute - Notifica preliminare**

1. Il committente o il responsabile dei lavori designa uno o più coordinatori in materia di sicurezza e di salute, quali sono definiti all'articolo 2, lettere e) ed f), per un cantiere in cui sono presenti più imprese.

2. Il committente o il responsabile dei lavori controlla che sia redatto, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute conformemente all'articolo 5, lettera b).

Prevvia consultazione delle parti sociali, gli Stati membri possono derogare al primo comma, tranne nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari quali sono enumerati all'allegato II.

90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008 “*persegue la finalità di consentire al committente la nomina del solo coordinatore per l’esecuzione in cantieri non particolarmente complessi nei quali gli obblighi del coordinatore per la progettazione sono di entità tale da poter essere affidati all’unica figura del coordinatore per l’esecuzione*”, ha ritenuto di dare l’indicazione laconica e salomonica che nell’ipotesi di cui all’art. 90, comma 11, “*il coordinatore per l’esecuzione dei lavori **deve essere nominato contestualmente all’affidamento dell’incarico di progettazione**, in modo da consentire la piena realizzazione di tutti i compiti connessi al ruolo di coordinatore per la progettazione, anche nei casi in cui tale ruolo venga svolto dal coordinatore per l’esecuzione*”.

Insomma, l’art. 90, comma 11 del D.Lgs. n. 81/2008, che oltretutto presenta numerosi profili di sospetta –per non dire manifesta- incostituzionalità ex art. 3 Cost., nonché ex art. 76 Cost., in base al combinato disposto dell’art. 1, commi 3 e 6 della L. n. 123/2007,¹⁵ è stato svuotato di contenuto operativo, per via interpretativa, dallo stesso Ministero del lavoro.

¹⁵ Sia in relazione al diverso livello di sicurezza dipendente dalla natura pubblica o privata dell’appalto; sia avuto riguardo all’affidamento del parametro di “soglia” per la designazione dei Coordinatori agli strumenti della legislazione urbanistica, laddove la Direttiva 92/57/CEE considera la tipologia dei lavori non sotto il profilo urbanistico (di controllo del territorio), bensì in relazione all’entità dimensionale del cantiere e alla presenza di una pluralità di imprese, nonché alla sussistenza di fattori di rischio “particolare”; sia in relazione all’eccesso di delega consistente nell’abbassamento del livello di tutela rispetto alla normativa precedente.