

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL PREPOSTO NELLA SICUREZZA SUL LAVORO

1. La complementarità scalare di competenze nella sicurezza sul lavoro

Il principale obiettivo della normativa sulla prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro è la costituzione di una rete di garanti volta a fronteggiare le più ricorrenti fonti di pericolo, di carattere materiale od organizzativo, che attentano alla salute dei lavoratori. L'esistenza di una pluralità di soggetti gravati da una posizione di garanzia (datore di lavoro, delegato, RSPP, dirigente, preposto, medico competente, coordinatore per la progettazione, coordinatore per l'esecuzione, costruttore, progettista, eccetera) non ingenera tuttavia una sovrapposizione funzionale o, peggio, una confusione di ruoli. La rete dei garanti è normativamente congegnata in termini di complementarità, così da assicurare che ciascuno di essi sia destinatario di uno specifico ambito di competenza, quale riflesso degli obblighi e dei poteri connessi al ruolo ricoperto.

È, invero, il potere-dovere di ciascuno a determinare l'ambito della propria competenza. Il che favorisce, ex ante, una migliore suddivisione delle funzioni ed effettività delle stesse, nonché, a posteriori, una più pregnante personalità della responsabilità penale quale riflesso della concreta dominabile degli eventi derivante dai poteri impeditivi tipici della funzione.

In effetti, oltre a rivestire un valore operativo, il criterio della competenza ha assunto col tempo la natura di un vero e proprio criterio di accertamento della colpa. Tramite esso, ci si prefigge di ascrivere la paternità di un evento infausto solo al soggetto chiamato a occuparsi della specifica tipologia di rischio che lo ha determinato. Il tutto nella prospettiva di una maggiore personalizzazione della responsabilità colposa, che non può prescindere da una concreta e piena signoria giuridico-fattuale riguardante il fattore di rischio che ha prodotto l'offesa.

Di qui l'enucleazione giurisprudenziale di tendenziali correlazioni tra la tipologia di rischio che ha generato l'evento infausto, da un lato, e gli obblighi-poteri incombenti su ciascuna figura di garante, dall'altro lato. Correlazioni in forza delle quali diviene agevole, padroneggiandole, procedere a una rapida allocazione della responsabilità.

Non si tratta certo di presunzioni iuris et de iure; né tanto meno di suddivisioni arbitrarie imposte dalla giurisprudenza di legittimità. Quelle delineate sono piuttosto costanti diagnostiche desunte dal contenuto degli obblighi riversati dal legislatore sulle singole figure di garanti, che ben si prestano, dapprima, a guidare l'attività d'indagine, e successivamente ad agevolare l'accertamento della responsabilità penale da parte del giudice, scongiurando l'instaurazione di giudizi inutilmente pletorici. In questa prospettiva, la giurisprudenza ha così finito per mettere a punto una competenza a scalare tra i tre principali protagonisti della sicurezza sul lavoro. In estrema sintesi, si ritiene che le «scelte di fondo» del sistema prevenzionistico spettino al datore di lavoro (ex art. 2, lett. b, e 15 d.lgs. 81/2008), cui sarebbero pertanto attribuibili gli eventi infausti determinati da carenze basilari, di carattere strutturale o progettuale, del sistema di sicurezza dell'impresa. Al dirigente compete invece l'attuazione delle direttive del datore, che egli è chiamato a mantenere, implementare e dettagliare in funzione delle esigenze del singolo luogo di lavoro da lui diretto nei limiti delle proprie disponibilità finanziarie e gestionali (ex art. 2, lett. d, d.lgs. 81/2008), sicché egli dovrebbe rispondere degli eventi espressivi di una difettosa concretizzazione del sistema di sicurezza nell'azienda. E da ultimo il preposto è chiamato a sovraintendere all'attività lavorativa (art. 2, lett. e, d.lgs. 81/2008), con la conseguenza che gli sarebbero imputabili soltanto gli eventi infausti occasionati da violazioni cautelari o straordinari fattori di pericolo verificatisi nella fase esecutiva della prestazione di lavoro.

Il preposto altro non è, dunque, che il soggetto gravato di un obbligo di controllo di tutti i rischi esecutivi concernenti l'attività lavorativa.

2. La delimitazione del rischio esecutivo quale competenza specifica del preposto ex art. 19 d.lgs. 81/2008

Più nel dettaglio, il contenuto del "rischio esecutivo" di competenza del preposto ben si desume dalla portata dei molteplici obblighi di vigilanza che, da sempre, caratterizzano tale figura, anche prima della loro formalizzazione da parte dell'art. 19 d.lgs. 81/2008. Già la giurisprudenza antecedente riteneva infatti che la posizione di preposto si contraddistinguesse per la titolarità di una duplice funzione di vigilanza, l'una di carattere "passivo" e l'altra di natura "attiva".

Con la prima espressione si allude al fatto che il preposto è chiamato ad assicurare che i lavoratori utilizzino i vari dispositivi antinfortunistici e osservino ogni altra misura prevista dal sistema prevenzionistico (art. 19, lett. a, d.lgs. 81/2008), tra cui ovviamente anche il divieto di accesso nelle aree di lavoro caratterizzate da rischi gravi e specifici da parte dei lavoratori che non siano debitamente formati per affrontarli (lo specifica la lett. b dell'art. 19 d.lgs. 81/2008). È la vigilanza passiva, peraltro, il tratto per così dire identitario di questa peculiare figura di garante: tanto è vero che, là dove un siffatto controllo sia assicurabile direttamente dal datore di lavoro o dal dirigente, la nomina del preposto non è affatto indispensabile.

D'altro canto, per quanto concerne la vigilanza di natura "attiva", essa attiene alla doverosa segnalazione al datore o al dirigente di ogni condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro (art. 19, lett. f, d.lgs. 81/2008), vuoi che derivi da una deficienza della strumentazione o degli impianti, vuoi che origini da carenze o rotture dei dispositivi di protezione, vuoi che discenda da una qualunque altra situazione purché emersa «durante il lavoro».

La precisazione è nevralgica: non foss'altro perché essa esclude che si possa chiamare a rispondere il preposto degli eventi occasionati da situazioni di pericolo non già manifestatisi nella fase esecutiva, ma di carattere ordinario e consustanziale all'attività lavorativa. I rischi congeniti all'attività devono essere infatti oggetto di valutazione e schermatura da parte dei vertici aziendali (v. art. 17 d.lgs. 81/2008) sulla scorta della consulenza tecnica dell'RSPP (v. art. 28 d.lgs. 81/2008), senza che si possa registrare, rispetto a essi, una "perdita di quota" nella scala istituzionale delle competenze. L'art. 28 d.lgs. 81/2008 svolge dunque sotto questo profilo una funzione tipizzante in negativo dell'obbligo di vigilanza attiva incombente sul preposto ai sensi dell'art. 19, lett. f, d.lgs. 81/2008, nel senso che quest'ultima è riservata alle situazioni di pericolo per così dire *extra ordinem*, ossia che esulano dai rischi considerati dal DVR o dei quali quest'ultimo avrebbe dovuto tenere conto. Il che significa che se l'evento è occasionato da un fattore di rischio che doveva essere oggetto di valutazione da parte dell'RSPP, nessuna responsabilità può configurarsi a carico del preposto per violazione dell'art. 19, lett. f, d.lgs. 81/2008.

Agli obblighi di vigilanza incombenti sul preposto che hanno carattere continuativo, se ne aggiungono di occasionali in quanto dipendenti dal verificarsi di particolari situazioni di «emergenza» e «pericolo grave e immediato» (art. 19, lett. c-e, d.lgs. 81/2008). Il riferimento è a qualunque situazione "straordinaria" che possa mettere a repentaglio l'integrità fisica delle persone coinvolte nell'attività. La scelta legislativa è ampiamente giustificata. Tra le varie figure della sicurezza, è infatti il preposto, quale "garante prossimo" dei lavoratori, quello che meglio si presta a fronteggiare le situazioni improvvise, attuando e facendo osservare le relative misure d'emergenza, tra cui in primis il doveroso abbandono dei posti di lavoro (art. 19, lett. c, d.lgs. 81/2008). Nella stessa prospettiva, si spiega altresì l'attribuzione al preposto dell'obbligo prodromico di informare i lavoratori circa la presenza del rischio emergenziale (art. 19, lett. d, d.lgs. 81/2008), nonché, ovviamente, quello di astenersi dal richiedere la ripresa del lavoro fintanto che persista la situazione di pericolo (art. 19, lett. e, d.lgs. 81/2008).

Ma la previsione forse più decisiva in termini tipizzanti delle competenze e, conseguentemente, della responsabilità del preposto è quella prevista dall'ultima lettera dell'art. 19 d.lgs. 81/2008. Il riferimento è al dovere di formazione specifica che incombe sul preposto in correlazione al dovere del datore di lavoro di impartirla (v. art. 37, comma 7, d.lgs. 81/2008). L'obbligo di formazione non si presta, infatti, solo a conferire effettività alla funzione ricoperta, ma svolge anche un fondamentale ruolo di perimetrazione della tipologia di rischio affidata alle cure del garante di grado inferiore. Lo si sottolinea anche nella parte finale della lettera f dell'art. 19 d.lgs.81/2008, dove si precisa che la vigilanza attiva va circoscritta ai rischi che il preposto è in grado di riconoscere sulla base della formazione ricevuta. Se ne deve desumere, in termini generali, che nessuna responsabilità penale potrà mai ricadere su tale figura di garante allorché l'evento infausto sia determinato da un fattore di rischio che non è stato oggetto della sua formazione specifica. In presenza di tale discrasia, l'irrinunciabile principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) non potrà che prevalere su astratte e formali attribuzioni, imponendo di assolvere il preposto incapace di dominare gli eventi a causa di una formazione così carente da non consentirgli di riconoscere o gestire il fattore di rischio che ha generato l'infortunio. Di qui, dunque, la conclusione che il programma dei corsi per preposto svolge una funzione concretamente tipizzante della sua area di responsabilità, escludendo che la persona investita di tale ruolo sia chiamato a rispondere di quanto non gli sia stato insegnato a fronteggiare.

3. L'immodificabilità in concreto degli obblighi incumbenti sul preposto quale garante tipico del sistema di sicurezza

Tanto chiarito, una delle questioni che più di frequente si pone nella prassi giudiziaria in merito alla posizione del preposto riguarda la delimitazione della sua responsabilità rispetto a quella degli altri garanti della sicurezza sul lavoro.

Il problema cui si allude va peraltro affrontato esclusivamente sul piano normativo, senza subordinarne la soluzione alle circostanze fattuali. Questo perché il preposto, quale "garante tipizzato" del sistema di sicurezza, è destinatario "iure proprio" dei doveri/poteri prevenzionistici che gli sono attribuiti direttamente dal legislatore. Ne consegue che il datore di lavoro ha bensì la libertà di decidere se avvalersene come forma di controllo del rischio esecutivo (salvo beninteso i casi eccezionali in cui la legge ne impone necessariamente la presenza: v. per es. gli artt. 123, 149, 151 d.lgs. 81/2008). Ove ritenga di designarlo, non si verifica tuttavia alcuna *délégation de pouvoir*, costituendo semmai la nomina del preposto una "*designation primaire de responsable*", ovvero l'attivazione in concreto di una posizione di garanzia direttamente, interamente ed esclusivamente definita dal legislatore.

Ciò comporta che il datore di lavoro, o chiunque altro, non ha la libertà di modellare gli obblighi del preposto. Né tanto meno i vertici aziendali hanno la possibilità di trasferire al garante di grado inferiore i compiti loro spettanti. Se esistente nell'impresa, l'area di competenza/responsabilità del preposto dipenderà esclusivamente dalla legge, senza risentire, se non in senso restrittivo, di alcuna variabile fattuale connessa all'organizzazione.

Vero quanto sopra, rischiano allora di ingenerare equivoci le massime estratte da talune pur condivisibili pronunce assolutorie riguardanti il preposto, nelle quali si valorizza la circostanza che dalle acquisizioni processuali non emergeva che l'imputato fosse titolare del potere decisionale e di spesa per assolvere a obblighi che il legislatore riversa sul datore di lavoro. Sottolineando una siffatta mancanza, queste massime rischiano di lasciare intendere che l'esito sarebbe stato diverso ove l'imputato avesse goduto di una disponibilità finanziaria. Il vero è, al contrario, che nessun obbligo di cui effettivamente il preposto è titolare richiede una dotazione economica: con la conseguenza che la necessità di sostenere una spesa per adempiervi altro non costituisce che un indice dell'estraneità di tale obbligo rispetto alla competenza del garante di grado inferiore. Questo è l'unico significato conforme al principio di legalità che può essere

attribuito alle massime succitate, restando fermo il principio che l'area di competenza delineata dall'art. 19 d.lgs. 81/2008 non può essere ampliata in concreto dai privati neppure unitamente alla trasmissione delle risorse finanziarie necessarie all'assolvimento dei compiti ulteriori. Ove si appurasse l'esistenza in concreto di una siffatta dotazione, l'unica soluzione percorribile sarebbe quella di ritenere che, non già di preposto si tratti, bensì di un rapporto di delegazione di fatto eventualmente rilevante ai sensi dell'art. 299 d.lgs. 81/2008.

Resta invece fermo che ai fini dello svolgimento in concreto delle funzioni di preposto non è richiesta alcuna provvista economica, dato che l'art. 19 d.lgs. 81/2008 prevede solo obblighi che presuppongono, al più, dotazioni materiali e strumentali, queste sì, ma soltanto queste, indispensabili per l'effettivo svolgimento della funzione.

4. Il rapporto di alterità tra la vigilanza attiva del preposto e la valutazione del rischio incombente sul datore di lavoro

Alla luce delle precedenti considerazioni e all'immodificabilità degli obblighi incombenti sul preposto non risulta difficile comprendere le ragioni per cui s'instauri, a seconda dei casi, un rapporto di alterità ovvero di sussidiarietà tra la responsabilità del preposto rispetto e quella dei garanti di vertice.

Ciò non significa che il preposto non possa mai rispondere in concorso con i soggetti apicali per l'evento infausto occorso al lavoratore. Una siffatta ipotesi si può verificare tuttavia solo nell'ipotesi di un infortunio per così dire multifattoriale, e cioè determinato da molteplici componenti di rischio, talune afferenti alla struttura o all'attuazione del sistema di sicurezza, e quindi di competenza dei vertici, e altre riguardanti la fase esecutiva del lavoro. Viceversa, in presenza di un infortunio mono fattoriale, che riflette cioè un unico e ben preciso fattore di rischio, o esso risulta di competenza dei vertici aziendali, che quindi ne dovranno rispondere in via esclusiva, oppure sarà di competenza del preposto, il quale, pertanto, ne dovrà rispondere a titolo individuale. Sicuramente, l'attuazione di quest'ultimo principio di alterità e sussidiarietà è divenuta più agevole da quando il legislatore ha tassonomizzato all'art. 19 d.lgs. gli obblighi precipuamente posti in capo al garante di grado inferiore. In passato, per nulla infrequenti sono stati invece gli equivoci da parte della giurisprudenza di merito cui la Cassazione è stata chiamata a rimediare. Si pensi, per esempio, alla scelta dei dispositivi di sicurezza o dei macchinari conformi alle norme antinfortunistiche; oppure all'obbligo di predisporre e far realizzare le misure prevenzionistiche. Sono questi obblighi specificamente assegnati dal legislatore ai garanti apicali, la violazione dei quali mai potrà pertanto ingenerare una responsabilità del garante di grado inferiore, al quale tali obblighi non possono essere trasferiti.

Anche dopo il varo del d.lgs. 81 del 2008, non sono mancate tuttavia le confusioni concernenti l'ambito di competenza/responsabilità del preposto, tanto con riferimento alla definizione dell'obbligo di vigilanza attiva che incombe su quest'ultimo, quanto e ancor più per quanto concerne la vigilanza passiva prevista dall'art. 19 d.lgs. 81/2008.

Con riferimento al primo aspetto basti considerare la sorprendente impostazione che ha indotto i giudici di merito a condannare in concorso tra loro il preposto e l'RSPP per la stessa identica omessa valutazione del rischio (nella fattispecie quello inerente al contatto del lavoratore addetto alla pulizia dei filtri di una pressa con gli organi in movimento del macchinario). Per le ragioni cui già si è fatto cenno, non è configurabile, neppure in astratto, un concorso c.d. omogeneo tra più garanti della sicurezza riguardante la violazione del medesimo obbligo cautelare. Di talché, tornando al caso evocato, non ci si può sottrarre alla seguente alternativa: o il fattore di rischio che doveva essere valutato e schermato afferisce all'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa in ragione degli strumenti utilizzati, del materiale impiegato, della conformazione dei luoghi di lavoro, eccetera, e allora spetterà al datore di lavoro occuparsene, sulla scorta della consulenza dell'RSPP; oppure ci si trova di fronte a un rischio

accidentalmente e improvvisamente emerso nella fase esecutiva, nel qual caso, e solo in questo caso, la competenza a occuparsene incomberà sul preposto, e solo a lui, ai sensi dell'art. 19, lett. f, d.lgs. 81/2008. Sicché, nel caso di specie, considerando che il rischio inerente alla fase di pulitura del macchinario appariva tutt'altro che accidentale e improvviso, essendo anzi consustanziale alla struttura e alla ordinaria funzionalità dell'impianto, del tutto comprensibile appare la posizione della Cassazione che lo ha ricondotto nello spettro di competenze degli artt. 17, lett. a, e 28 d.lgs. 81/2000.

È un esempio emblematico delle ricadute applicative del rapporto di alterità che s'istaura tra la competenza del preposto e quella degli altri garanti di vertice in merito agli obblighi di vigilanza c.d. attiva previsti in capo al primo.

5. Il rapporto di sussidiarietà tra la vigilanza passiva del preposto e gli obblighi prevenzionistici dei vertici aziendali

L'ipotesi più delicata e maggiormente fonte di equivoci attiene però agli obblighi di vigilanza passiva incombenti sul preposto ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 81/2008. Obblighi che si pongono in rapporto di sussidiarietà rispetto ai doveri prevenzionistici incombenti sul datore di lavoro o sul dirigente. Con il che s'intende sottolineare che al preposto non potrebbe contestarsi il mancato controllo di un fattore di rischio che doveva essere oggetto di una schermatura a monte da parte dei garanti di vertice. Ovvero il preposto è chiamato a occuparsi solo dei fattori di rischio che "residuano" da una puntuale attuazione degli obblighi prevenzionistici spettanti ai vertici e inerenti alla corretta organizzazione dell'impresa e gestione della strumentazione.

D'altro canto, contro una siffatta impostazione a nulla varrebbe eccepire che, pure nel caso di difettosa progettazione o attuazione del piano di sicurezza, potrebbero affiorare irregolarità esecutive della prestazione di lavoro, in quanto tali prima riconducibili all'area di competenza del preposto. Se il sistema di prevenzione dell'impresa non è stato ben congegnato, non possono residuare margini per una responsabilizzazione del garante subalterno: il ricorso al quale costituisce un elemento di perfezionamento e chiusura del piano di sicurezza, senza potersi prestare a supplire, o peggio a rimediare alle omissioni dei vertici e, quindi, alle carenze di fondo, spesso di carattere progettuale, del sistema di prevenzione.

Il punto è fondamentale. Ragione per cui onde cogliere con maggior precisione la linea di confine tra l'obbligo di vigilanza passiva del preposto e la competenza dei vertici societari, conviene esemplificarla attraverso un caso trattato dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

Il riferimento è a Cassazione penale, Sezione IV, 23 gennaio 2019, n. 3213, riguardante un infortunio mortale patito da un operaio addetto ai lavori di escavazione mediante l'uso di una ruspa/bulldozer, il quale, nel riprendere il lavoro dopo la pausa pranzo, era salito sopra il mezzo rimanendo in piedi sopra un cingolo mentre riattivava la macchina. Avendo però la vittima lasciato la marcia inserita prima della sosta, era successo che, non appena riaccesa la ruspa, il cingolo si era rimesso subito in movimento trascinando il lavoratore a terra dove fu schiacciato dal veicolo.

Sulle prime tale dinamica parrebbe chiamare in causa le competenze del preposto, cui sarebbe addebitabile di non aver controllato la fase di ripresa del lavoro della vittima imponendole di sedersi al volante prima di azionare il mezzo.

Senonché, dalla perizia eseguita nel corso del giudizio, è emersa una carenza di fondo del sistema di prevenzione tale da escludere ogni responsabilità del preposto rispetto all'infortunio. Dal manuale d'uso della ruspa e dal documento di sicurezza dell'impresa, si è appurato infatti che il mezzo avrebbe dovuto montare un dispositivo volto a prevenirne l'avvio accidentale e a consentirne l'attivazione solo se questo si trova in folle oppure con la frizione schiacciata, e quindi solo da parte di un operatore effettivamente seduto sul veicolo. Senonché tale dispositivo non risultava più funzionante sul mezzo che causò

l'incidente in ragione della mancanza dell'originario microinterruttore bipolare, che era stato sostituito da un nuovo microinterruttore monopolare, collegato solo al circuito «marce»: un nuovo microinterruttore, installato con cavetti non originali e tale da determinare un «ponte elettrico» che, bypassando il microinterruttore, permetteva di avviare il motore senza dover premere fino in fondo la frizione.

Vero quanto sopra, appare allora del tutto condivisibile la posizione assunta nel caso di specie dalla Cassazione che ha ritenuto di confermare la duplice conforme sentenza di condanna del datore di lavoro, respingendo la tesi della difesa di quest'ultimo secondo cui un migliore controllo da parte del preposto avrebbe scongiurato l'evento. In effetti nessuna rilevanza possono assumere nel caso di specie gli obblighi del preposto previsti dall'art. 19 d.lgs. 81/2008, i quali mai possono prestarsi a rimediare a una basilare carenza del sistema di prevenzione. Ragionando diversamente, si genererebbe uno scadimento del livello di sicurezza dell'impresa, libera di sostituire la più efficace schermatura alla fonte dei pericoli con la vigilanza passiva del preposto, sul quale si finirebbe così per "scaricare" il controllo di rischi meglio fronteggiabili tramite soluzioni strutturali e organizzative.

Dovendosi evitare tale intollerabile conseguenza, occorre allora concludere che solo i c.d. rischi residuali, ovvero non eliminabili sulla scorta di sistemi organizzativi e idonee strumentazioni tecniche, possono essere oggetto di vigilanza passiva da parte del preposto ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 81/2008. Con l'ulteriore conseguenza che questi dovrà andare esente da ogni responsabilità qualora l'unico fattore di rischio che ha determinato l'evento, e gli si contesta di non aver sorvegliato, non fosse stato schermato tramite pur possibili accorgimenti tecnici o organizzativi, che incombono ovviamente solo sugli organi di vertice.

6. La sostanziale inapplicabilità dell'art. 25-septies d.lgs. 231/2001 nel caso di infortunio sul lavoro attribuibile esclusivamente dal preposto

L'actio finium regundorum tra l'area di competenza/responsabilità del preposto e quella degli altri garanti di vertice non rileva solo per le posizioni individuali, ma condiziona profondamente anche l'accertamento della responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25-septies d.lgs. 231/2001.

La ragione di tale ripercussione dipende dal fatto che il preposto, per quanto dotato di poteri ordinatori rispetto ai lavoratori subordinati che egli coordina, rimane pur sempre un sottoposto alla direzione e alla vigilanza delle persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente (in particolare datore di lavoro e dirigente). Da qui la conclusione che egli è inquadrabile non già tra i vertici societari di cui all'art. 5, lett. a, d.lgs. 231/2001, bensì nell'ambito dei sottoposti di cui alla lettera b di tale articolo. Con l'ulteriore conseguenza che la distinzione tra l'area di responsabilità del preposto e quella degli altri garanti finirà per decidere del modello di ascrizione all'ente del reato colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Segnatamente, se il reato è commesso in forma monosoggettiva dal preposto, l'ente potrebbe risponderne solo se l'accusa prova l'inosservanza nei suoi confronti degli obblighi di direzione o vigilanza che incombono sui vertici (ex art. 7 d.lgs. 231/2008); e in tutti i casi la società non è sanzionabile se ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo conforme ai requisiti di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008. Ove invece il reato sia attribuibile ai garanti di vertice della sicurezza sul lavoro (in particolare: datore di lavoro, delegato o dirigente), la società potrà schivare l'addebito solo sulla scorta del più gravoso adempimento organizzativo e onere probatorio previsti dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

In realtà, però, nel caso di reato colposo commesso esclusivamente dal preposto, le conseguenze favorevoli per la società sono ancor più radicali: tanto da potersi ritenere che in questi casi la persona giuridica non sarebbe mai sanzionabile.

Vi osta, per lo meno, un duplice ostacolo normativo.

Il primo è costituito dall'art. 5 d.lgs. 231/2001, il quale circoscrive la responsabilità dell'ente ai «reati commessi nel suo interesse o vantaggio» (art. 5 d.lgs. 231/2001). Un criterio oggettivo, questo, "pensato" per i reati dolosi commessi nell'ambito della persona giuridica, per nulla agevole da interpretare in relazione ai reati colposi previsti dall'art. 25-septies d.lgs. 231/2001. Tant'è che per la giurisprudenza l'unica soluzione percorribile sarebbe quella di commisurare i concetti di interesse e vantaggio alla condotta colposa e non già all'evento, così da concludere che tali requisiti oggettivi sussistano allorché la violazione cautelare sia stata dettata dal consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento, o qualora si siano violate sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso.

Se così è, ben ci si dovrebbe allora avvedere che un siffatto profitto o vantaggio, sub specie di risparmio di spesa, ben difficilmente si potrebbe concretizzare nel caso di reato colposo esclusivamente addebitabile al preposto. Delle due l'una, infatti: o il reato colposo è stato dettato unicamente dalla violazione di uno degli obblighi di cui all'art. 19 d.lgs. 81/2008 e allora, considerando che essi riguardano il rischio esecutivo senza incidere sull'investimento materiale dell'impresa in tema di sicurezza, una siffatta violazione non potrà per definizione comportare alcuna forma di risparmio o altro tipo di vantaggio economico per l'ente; oppure l'evento infausto riflette una carenza di fondo e di carattere sistemico riguardante il rischio esecutivo (mancata formazione del preposto, inidoneità della strumentazione messaggi a disposizione, eccetera), nel qual caso non si configurerà però una responsabilità del garante di grado inferiore ma dei vertici d'impresa, con la conseguenza che l'ascrizione del reato alla società avverrà alla stregua dell'art. 6 d.lgs. 231/2001.

D'altro canto, il secondo ostacolo normativo che si frappone all'attribuzione all'ente del reato colposo commesso esclusivamente dal preposto si annida nell'art. 7 d.lgs. 231/2008, che essendo stato "pensato", anch'esso, in relazione a reati dolosi è all'origine di una parnomia quando viene rapportato ai reati previsti dall'art. 25-septies d.lgs. 231/2001.

La sostanziale inapplicabilità del meccanismo ascrittivo previsto dall'art. 7 d.lgs. nel caso di reato colposo commesso in forma monosoggettiva dal preposto dipende dalla circostanza prevista al comma 1, il quale subordina l'attribuzione all'ente del reato commesso dal solo sottoposto alla circostanza che la commissione dell'illecito sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Una condizione, questa, assolutamente congegnale nel caso di reati dolosi, in relazione ai quali la suddetta formula evoca una sorta di colpa d'organizzazione tale da giustificare l'ascrizione dell'illecito alla persona giuridiche. Viceversa, allorché il reato presupposto abbia natura colposa, il requisito della inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza finisce automaticamente per sottendere l'esistenza di concorso colposo dei garanti di vertice rilevante ai sensi dell'art. 113 c.p.: con la conseguenza che la fattispecie concreta viene automaticamente espunta dall'orbita dell'art. 7 d.lgs. 231/2001 (riguardante esclusivamente il reato commesso in forma monosoggettiva dal sottoposto) per essere attratta nell'ambito applicativo dell'art. 6 d.lgs. 231/2001.

In breve, e concludendo, il primo dei requisiti ascrittivi previsti dall'art. 7 d.lgs. 231/2001 rende sostanzialmente inapplicabile questa norma ai reati colposi commessi dal preposto, nella misura in cui l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza sottende una culpa in vigilando dei vertici nel reato presupposto tale comportare l'applicazione dell'art. 6 d.lgs. 231/2001. Il che equivale a dire, come si anticipava, che l'attuale assetto normativo non sembra lasciare margini per un coinvolgimento sanzionatorio della persona giuridica nel reato colposo commesso esclusivamente dai sottoposti.

7. Le precondizioni strutturali e organizzative per l'esercizio dei compiti di preposto

Stante la già ricordata non obbligatorietà del preposto, non è raro che nella prassi giudiziaria si presentino incertezze circa l'individuazione di tale posizione di garanzia. Il dubbio non riguarda solo l'identificazione del soggetto che in concreto ne rivestirebbe il ruolo. Incerta può rivelarsi la stessa presenza della figura del preposto nell'organigramma di una determinata realtà produttiva.

A rigore, spetterebbe al piano di sicurezza della singola impresa indicare i vari ruoli di garanzia e l'identità di coloro che li ricoprono, così da contribuire a una maggiore effettività del sistema prevenzionistico. Può accadere tuttavia che la documentazione aziendale, oltre a non esplicitare alcunché con riguardo ai garanti di grado inferiore, ingeneri confusione. Si pensi per esempio alla non isolata prassi degli RSPP di sottoporre tutti i lavoratori subordinati non già a corsi di formazione ordinari, bensì a corsi di formazione per preposti indipendentemente dalla necessità di questa figura nell'impresa, vuoi per assicurare una migliore preparazione del personale in materia di sicurezza, vuoi per garantirsi che taluno dei lavoratori sia già formato per assumere tale ruolo nel caso in cui serva nominarne uno con urgenza, vuoi per ottenere un maggiore introito economico legato alla superiore durata dei corsi specialistici. Come che sia, può porsi la necessità di stabilire se la mancata designazione formale del preposto corrisponda alla sua effettiva assenza, ovvero si rinvenga taluno dei lavoratori subordinati che ne esercitasse in concreto la funzione. Una figura, quella del "preposto di fatto" che era già stata enucleata in via pretoria dalla giurisprudenza meno recente, e che ha trovato poi esplicito riconoscimento nell'art. 299 d.lgs. 81/2008, il quale, interpretato alla luce del principio di effettività, consente di attribuire tale qualifica anche a colui che abbia esercitato in modo continuativo e significativo le funzioni tipiche della carica.

Ciò rammentato, con riferimento al tema del preposto di fatto s'impone una considerazione preliminare che tende a sfuggire nella prassi ispettiva.

Vero è, infatti, che l'art. 299 d.lgs. 81/2008 consente di riconoscere l'esistenza del preposto a prescindere da una designazione formale. E tuttavia, non trattandosi di una figura obbligatoria dell'organigramma in materia di sicurezza dapprima occorre stabilire se in una determinata struttura aziendale esistano le premesse organizzative per l'esercizio dei compiti del preposto, e solo in caso di risposta affermativa assume un senso chiedersi chi ricoprisse tale posizione. Per questa ragione converrà quindi soffermarsi, inizialmente, sui requisiti strutturali e fattuali che preludono alla necessità di avvalersi di preposti, per poi valutare, solo in un secondo tempo, quali siano gli indici di riconoscimento della funzione di preposto di fatto.

Quanto ai primi, essi si riducono a due principali fattori, solo in presenza dei quali s'impone la presenza del garante di grado inferiore in una realtà produttiva. Il riferimento è, da un lato, all'assenza di un controllo diretto del rischio esecutivo da parte dei garanti di vertice; e dall'altro lato, alla strutturazione dell'attività produttiva in gruppi di lavoro.

Con riguardo al primo aspetto, ben si dovrebbe intuire che i preposti non hanno ragione di esistere nei contesti aziendali dove è il datore (o il dirigente) a esercitare un controllo autonomo, continuo e diretto della prestazione lavorativa, o in ragione dell'esiguo numero di lavoratori da sovraintendere, o per il ristretto contesto logistico in cui l'attività si svolge. Con ciò, non s'intende enunciare una sorta di incompatibilità radicale tra la presenza fisica del garante di vertice sul luogo di lavoro e l'esistenza di un preposto. Anzi, può accadere che quest'ultimo espliciti le sue funzioni accanto al datore di lavoro per così dire "ubiquo", come nel caso dei piccoli laboratori dove l'imprenditore si occupa anche dell'attività commerciale lasciando spesso nell'area di produzione un capo turno, che assume pertanto la qualifica di preposto. Lungi, quindi, da risultare decisiva la semplice compresenza, l'inconfigurabilità del preposto deriva semmai dalla circostanza che sia uno dei garanti di vertice a occuparsi personalmente e senza interruzione di tutto il processo produttivo con controllo diretto sull'esecuzione della prestazione lavorativa. Con la conseguenza che se ciò avvenisse sarebbe contraddittorio ipotizzare l'esistenza di un

preposto di fatto, in tanto in quanto si risolverebbe in una disfunzionale duplicazione, foriera di incertezze più che di vantaggi. Nessun margine di plausibilità avrebbe dunque in questi casi l'usuale logica ispettiva che procede a un'automatica attribuzione della qualifica di preposto al lavoratore più anziano ovvero a colui al quale gli altri si rivolgono per ottenere suggerimenti operativi. Non basta questo per generare un preposto, l'esistenza del quale va radicalmente esclusa ove il rischio esecutivo sia ad appannaggio dei garanti di vertice così da privare il lavoratore anziano, quand'anche presente, di un potere dirigitico esercitabile in modo autonomo e pieno.

In secondo luogo, oltre all'assenza dei garanti di vertice, l'esistenza di un preposto richiede un'organizzazione aziendale strutturata in gruppi di lavoratori (squadre, reparti, divisioni, équipe, team, unità produttive, eccetera). Nel caso di più lavoratori singoli che operano individualmente, senza coordinamento e, talvolta, in aree distanti l'uno dall'altro (si pensi alle aziende agricole e zootecniche), mancherebbero le condizioni fisico-organizzative per l'esercizio delle funzioni di preposto, l'attività del quale presuppone la possibilità di esercitare un controllo visivo diretto degli altri lavoratori subordinati e dell'ambiente in cui essi operano. In mancanza di squadre di lavoro e di una gerarchia organizzativa tra i lavoratori subordinati, non avrebbe quindi alcun senso ipotizzare la presenza, tra di essi, di un "capo" che sorveglia qual è per l'appunto il preposto.

8. Gli indici di riconoscimento del preposto di fatto ex art. 299 d.lgs. 81/2008

Una volta appurata l'esistenza dei requisiti strutturali indispensabili all'espletamento delle funzioni di preposto, se quest'ultimo non è stato formalmente designato, l'esercizio di fatto di tale compito si può desumere, ex art. 299 d.lgs. 81/2008, da una serie di indici sostanzialmente riconducibili a tre concetti chiave: sovra ordinazione, contiguità e intraneità. Tali concetti non valgono peraltro solo come indici di riconoscimento della funzione esercitata in via di fatto. Essi fungono altresì da condizioni di validità sostanziale della nomina di preposto, la quale risulterà efficace ed effettiva solo ove la persona designata sia sovraordinata, contigua e intranea rispetto agli altri lavoratori subordinati. Di talché ove manchi uno di questi requisiti la nomina formale rimarrà priva di valore.

Con il primo e più caratterizzante concetto si vuole alludere al fatto che la funzione di preposto esige una supremazia giuslavoristica rispetto agli altri lavoratori subordinati tale da porre il preposto nella condizione di dirigere l'attività lavorativa di altri operai soggetti ai suoi ordini. Non è indispensabile, va da sé, che la sovra ordinazione sia accompagnata da una maggiorazione salariale, ancorché sia questo uno dei fattori che più eloquentemente marcano la differenza tra lavoratori. Decisivo per il riconoscimento della qualifica di preposto sarà il profilo mansionistico e la titolarità di un potere dirigitico; che non si riduce, però, alla comunicazione dei compiti giornalieri impartiti dal datore ma sottende una specifica autonomia decisionale concernente l'esecuzione delle direttive specifiche del datore di lavoro e, soprattutto, le modalità di realizzazione delle stesse.

Da tale autonomia origina il potere di controllo del preposto nella fase esecutiva: potere di controllo che egli da un lato esercita (ex art. 19 d.lgs. 81/2008) e al quale dall'altro lato si sottrae essendo questi soggetto esclusivamente alla più blanda supervisione dei vertici aziendali. In questo quadro s'inserisce anche la potestà disciplinare del preposto: il quale, pur non disponendo certo della possibilità di irrogare sanzioni, essendo questa una prerogativa del datore di lavoro ex art. 7 st.lav., è chiamato a dare avvio al procedimento disciplinare segnalando le infrazioni dei sottoposti; le stesse che i protocolli attuativi del Modello organizzativo e gestionale di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008 gli impongono di comunicare anche all'Organismo di Vigilanza.

D'altro canto, onde poter assolvere alla funzione di vigilanza attiva e passiva che l'art. 19 d.lgs. 81/2008 assegna al preposto, tale figura è necessariamente caratterizzata da un'altra peculiarità per così dire fisico-spaziale. Egli deve cioè operare in una condizione di "contiguità lavorativa" con i prestatori d'opera

controllati, non essendo altrimenti possibile espletare alcuna forma di supervisione effettiva. La figura del preposto è sorta infatti nella prassi, ed è stata successivamente riconosciuta dal diritto pretorio, proprio come “garante prossimo” del lavoratore: colui che, essendo dotato di maggiore esperienza, gli sta accanto per rimediare alle inadempienze indicando le modalità esecutive più corrette. Ciò significa che questi non può che operare a fianco, nei pressi, in simultanea con i lavoratori da lui controllati, non essendo logicamente pensabile un “preposto a distanza”. Prova ne sia che l’impossibilità di una stabile presenza sul luogo di lavoro è stata correttamente considerata una causa di inefficacia della designazione formale. Né l’art. 4 st.lav. consentirebbe di derogare al requisito della necessaria contiguità del preposto. Vero è infatti che questa norma ammette la possibilità, previo accordo sindacale o autorizzazione dell’Ispettorato del lavoro, di ricorrere a impianti audiovisivi o altri strumenti di tecnologici di controllo a distanza anche per soddisfare esigenze di sicurezza sul lavoro. Va considerato tuttavia che tale soluzione, particolarmente invasiva della libertà dei lavoratori, è concessa solo per fronteggiare rischi c.d. residuali, ossia non controllabili di persona. Lungi, dunque, dal consentire l’istituzione di preposti a distanza, l’art. 4 st.lav. ribadisce che la funzione del garante di grado inferiore non può essere sostituita da alcuna forma di strumentazione tecnologica, la quale risulta sostanzialmente riservata a casi particolari attinenti al controllo di lavoratori singoli che operano in ambienti isolati (si pensi ai monitor di controllo dei lavoratori impegnati individualmente nei lavori notturni).

Infine, il soggetto che ricopre di fatto o di diritto il ruolo di preposto non può che essere un soggetto intraneo all’impresa e accomunato ai lavoratori che egli controlla dalla circostanza di avere lo stesso datore di lavoro. Può sembrare questo un elemento scontato, dato che il preposto è da sempre considerato un «anello di congiunzione» tra datore di lavoro e gli altri lavoratori. In realtà, le modalità d’interazione tra le aziende sono così numerose e varie da conferire a questo requisito una rilevanza selettiva vieppiù crescente e volta a frenare certe semplificazioni giudiziarie.

Valga richiamare a fini di chiarimento un classico caso di endoappalto (ex art. 26 d.lgs. 81/2008) come quello dell’impresa edile che commissiona a un’altra ditta la costruzione dell’impalcatura esterna di un immobile da ristrutturare. Ebbene, è usuale in questi casi che il committente incarichi di controllare la realizzazione della struttura il proprio lavoratore più esperto che, per questa ragione, all’interno della propria azienda riveste la figura di preposto. Da tale incombenza non discende, però, l’estensione a quest’ultimo delle funzioni di preposto anche nei confronti dei lavoratori della ditta esecutrice, rispetto ai quali il lavoratore anziano della committente non ha alcun autentico potere di sovra ordinazione. Fatti salvi eventuali profili di “rischio interferenziale”, l’intervento del preposto della committente è volto esclusivamente a verificare la qualità del lavoro svolto ed eventualmente ad assicurarsi il rispetto degli standard di professionalità della ditta esecutrice indispensabili ai sensi dell’art. 26 d.lgs. 81/2008. Non avendo egli alcuna autorità giuslavoristica e alcun autonomo potere dirigitico rispetto ai lavoratori della ditta appaltatrice, sarebbe illogico che la sua posizione di preposto si estendesse anche a questi ultimi. Né in senso contrario depongono i sempre più numerosi e fantasiosi protocolli integrativi dei Modelli di Organizzazione e Gestione (ex art. art. 30 d.lgs. 81/2008) che tendono a conferire al preposto, quale lavoratore anziano, svariati poteri di controllo e di ispezione delle ditte esterne. Tale attività rileva solo ai fini di comprovare la diligenza in eligendo e in vigilando dell’ente, senza modificare in senso ampliativo l’ambito di responsabilità del garante di grado inferiore, il quale può essere chiamato a rispondere solo degli eventi infausti occorsi ai lavoratori nei confronti dei quali poteva pienamente esercitare la propria autonomia dirigitica. Lo impone, a tacer d’altro, la necessaria convergenza tra potere e responsabilità penale su cui si fonda il principio di personalità enunciato dall’art. 27 Cost.

9. Le norme punitive concernenti il preposto e lo “sdoppiamento” delle “clausole sanzionatorie speciali”

Da ultimo, un chiarimento meritano le norme punitive che riguardano il preposto.

L'opportunità di una precisazione sul punto deriva anzitutto dal fatto che anche in questo caso il legislatore si è avvalso della tecnica delle c.d. clausole sanzionatorie. Una soluzione, questa, che non procede a una descrizione sintetica della fattispecie incriminatrice, ma si limita ad apporre una pena quale conseguenza della violazione di una norma impositiva di un determinato obbligo. Da qui la necessità di ricostruire "in negativo" l'area di rilevanza penale, con il rischio che il riflesso deontico ingeneri dubbi ed errori.

A ciò si aggiunga che le clausole sanzionatorie riguardanti il preposto sono state oggetto di un peculiare restyling da parte del d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, tanto commendevole nei propositi, quanto sconveniente sotto il profilo tecnico. Originariamente, infatti, tutte le norme punitive riguardanti il preposto contenute nel d.lg.81/2008 specificavano che questi «è punito nei limiti dell'attività alla quale è tenuto in osservanza degli obblighi generali di cui all'articolo 19» (artt. 56, 159, comma 2, 166, 171, 179, 263, 283 d.lgs. 81/2008). Una precisazione, questa, forse superflua per i cultori del diritto penale del lavoro, ma molto utile agli organi ispettivi, spesso di estrazione non giuridica, nella misura in cui chiariva che, indipendentemente dal contenuto della norma presidiata dalla clausola sanzionatoria, quest'ultima non poteva prestarsi a punire il preposto per violazioni che esorbitavano dalle sue funzioni tipiche. La ripetizione si prestava peraltro a un'agevole comprensione della singola clausola sanzionatoria nel caso di consultazione settoriale del d.lgs. 81/2008 da parte dell'operatore meno esperto del sistema e dei suoi raccordi interni.

Senonché, considerando ridondante una siffatta proliferazione di clausole sanzionatorie per di più caratterizzate da trattamenti sanzionatori molto simili, l'esecutivo dell'epoca, sfruttando l'extra-time concessogli dalla legge delega per operare integrazioni e correzioni (v. art. 1, comma 6, l. 3 agosto 2007, n. 123), decise di sostituirle (quasi tutte) con unica generale clausola sanzionatoria. Il riferimento è al nuovo art. 56 d.lgs. 81/2008: il quale, nella sua attuale versione, precisa che esso vale per «tutte le disposizioni del presente decreto» e opera «nei limiti delle attribuzioni e competenze» del preposto. E fin qui la riforma non presenta grandi inconvenienti. Il problema sorge tuttavia per il fatto che l'art. 56 d.lgs. 81/2008 non rappresenta l'unica norma punitiva riguardante il preposto contenuta nel d.lgs. 81/2008.

In effetti, il d.lgs. 106/2009 ha ritenuto di mantenere due ulteriori clausole sanzionatorie (artt. 263 e 283 d.lgs. 81/2008) «con riferimento ad alcuni Titoli "speciali" connotati da pericoli più elevati» e per questa ragione caratterizzate da un trattamento sanzionatorio più elevato rispetto a quello previsto, in termini generali, dall'art. 56 d.lgs. 81/2008. Due norme speciali che, da un lato, non richiamano esplicitamente l'art. 56 cit., e dall'altro lato, non hanno mantenuto la vecchia formulazione secondo la quale il preposto «è punito nei limiti dell'attività alla quale è tenuto in osservanza degli obblighi generali di cui all'articolo 19». Oltre a non prevedere tale delimitazione, le clausole sanzionatorie speciali riguardanti il preposto si prefiggono in realtà di presidiare norme comportamentali che si riferiscono direttamente al solo datore di lavoro. Con la conseguenza che una loro interpretazione letterale, dimentica del sistema e soprattutto dell'art. 56 d.lgs. 81/2008, potrebbe indurre a equiparare in questi settori il preposto ai garanti di vertice.

Così, per esemplificare, poiché l'art. 263 d.lgs. 81/2008 sanziona tout court il preposto che viola gli artt. 225 e 226 d.lgs. 81/2008 in materia di "Sostanze pericolose"; e poiché queste ultime norme impongono (al datore di lavoro) di «adottare processi di lavoro», «progettare processi lavorativi», «misurare gli agenti pericolosi», eccetera, una lettura sbrigativa del combinato disposto tra gli artt. 263, 225 e 226 cit. potrebbe indurre a ritenere che anche il preposto, oltre che il datore di lavoro sia punibile per la violazione di tali incombenze. In realtà, se così fosse, l'art. 263 d.lgs. 81/2008, lungi dal limitarsi a sanzionare penalmente il preposto, ne determinerebbe una trasfigurazione così deformante da

equiparlo ai garanti di vertice. Una vera e propria aberrazione, per evitare la quale non rimane che un'unica soluzione interpretativa. Quella di ritenere che gli artt. 263 e 283 d.lgs. 81/2008 altro non siano che frammenti di una clausola sanzionatoria complessa, innescata dalla loro interazione con l'art. 56 d.lgs. 81/2008: il quale, del resto, precisa di valere per «tutte le disposizioni del presente decreto» e chiama a rispondere il preposto soltanto «nei limiti delle proprie attribuzioni e competenze».

Il che significa, in conclusione, che in nessun caso il preposto potrà essere chiamato a rispondere se non per la violazione di uno degli obblighi specificatamente attribuiti a tale figura di garante dall'art. 19 d.lgs. 81/2008. Altrimenti, non di un preposto si tratterebbe.

21 febbraio 2022

A cura di Avv. Bruna Capparelli