

Gaetano Natullo

Continuità e innovazione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro *

SOMMARIO: **1.** Il nuovo Codice della sicurezza tra “volontà” e “velleità” di riforma. **2.** Teorie e tecniche di individuazione dei soggetti responsabili in azienda. **3.** Soggetti, obblighi di sicurezza e organizzazione aziendale. **4.** I “garanti” della sicurezza nel nuovo Codice. La problematica individuazione del datore di lavoro “pubblico” tra criterio formale e criterio funzionale. **5.** *Segue.* Dirigenti e preposti. **6.** I “confini” dell’obbligo di sicurezza nel (dopo il) nuovo Codice della prevenzione.

1. Il nuovo Codice della sicurezza tra “volontà” e “velleità” di riforma

In questa sede intendo svolgere alcune considerazioni di fondo sul tema dei soggetti e degli obblighi di prevenzione sui luoghi di lavoro, alla luce della nuova recente normativa (d.lgs. 21 aprile 2008 n. 81), in particolare con l’obiettivo di evidenziare, in chiave sistematica, l’impostazione generale che risulta dal nuovo assetto legislativo, e di raffrontarla con la disciplina del previgente d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, mettendone in luce le novità, le assonanze e le dissonanze.

Per fare ciò, mi pare opportuna una breve premessa sul percorso che ha portato all’emanazione della nuova normativa, utile per poter apprezzarne meglio i caratteri essenziali e le novità.

Dopo circa trent’anni (dalla l. n. 833/78) e diversi tentativi di riordino del quadro legislativo in materia di prevenzione dei rischi sui luoghi di lavoro, pareva che il 2008 fosse l’anno buono per annunciare l’*habemus Codicem*¹.

* Il contributo riprende, con integrazioni e note bibliografiche, il testo della Relazione al seminario “La sicurezza sui luoghi di lavoro: Profili della responsabilità datoriale”, tenutosi al Tribunale di Nola - Reggia degli Orsini, il 19 dicembre 2008.

¹ CARINCI E., *Prefazione*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, Ipsoa - Wolter Kluwer, 2008, p. XXXIII.

Sotto la spinta di alcune vicende particolarmente drammatiche², infatti, il Governo nella scorsa legislatura aveva dato un serio impulso alla razionalizzazione del sistema normativo: non solo al fine di realizzare il tanto auspicato Testo Unico, ma anche (forse soprattutto) per intervenire su alcuni nodi e fattori di rischio individuati come particolarmente problematici ed ostativi ad un effettivo incremento della sicurezza dei lavoratori.

Le ragioni che hanno condotto ai recenti interventi legislativi sul tema vanno ricondotte ad un progressivo consolidamento, e conseguente aggravarsi, di una cronica debolezza nel nostro sistema di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali: ossia la forte distonia tra l'alto livello di garanzie in astratto previste dall'ordinamento e gli assai più bassi livelli di effettività delle tutele sui luoghi di lavoro.

Pertanto, di fronte alla permanenza di preoccupanti dati statistici su "morti bianche", infortuni sul lavoro e malattie professionali, ed ai citati tragici episodi, Governo e Parlamento hanno avuto la giusta spinta per varare, tra il 2007 (l. 3 agosto 2007 n. 123) ed il 2008 (d.lgs. n. 81/08), il vascello della riforma legislativa delle norme di prevenzione³. In realtà, quella nave non ha mai lasciato ancora definitivamente i cantieri, ed i lavori sono ancora in corso.

Ciò è dovuto ad un perverso incrocio di ragioni tecniche e politiche, che hanno imposto al legislatore del 2008 un compromesso di fondo tra ciò che si sarebbe voluto fare e ciò che si poteva fare, innanzitutto per ragioni di tempo dovute all'approssimarsi della scadenza della legislatura⁴. Rispetto a ciò che si prospettava come necessario, per realizzare l'obiettivo essenziale di incrementare in maniera significativa il tasso di effettività di una normativa sulla carta già molto garantista (per i lavoratori), il d.lgs. 81/08 riesce soltanto ad impostare una nuova linea regolativa volta ad affrontare e risolvere alcuni nuovi fenomeni (fattori di rischio) o l'incancre-

² Si ricorda in particolare la drammatica vicenda della Thyssen Krupp di Torino del dicembre del 2007.

³ NATULLO, *Presupposti e finalità della l. n. 123/2007 tra riordino (delega) e rimedi immediati*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento alla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro, Commentario*, VIII, Utet, 2008; ZOPPOLI L., *I principi generali e le finalità*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 3; NATULLO, SANTUCCI, (a cura di) *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del testo unico?* Atti del Convegno di Benevento, 9 novembre 2007, Angeli, 2008.

⁴ CARINCI, *op. cit.*, p. xxxiii; TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, 2008.

nirsi di fenomeni preesistenti: nuovi lavori (flessibili, atipici, immigrati extracomunitari, ecc.), smaterializzazione delle imprese (decentramenti produttivi, appalti interni, subappalti), lavoro sommerso, sono tra i principali fattori che prima la l. n. 127 e poi il d.lgs. n. 81/08 affrontano, con significative innovazioni rispetto alla normativa previgente (si pensi in questo senso alle norme sul campo di applicazione soggettivo ed oggettivo – artt. 1-3 –; alle disposizioni sugli obblighi connessi ai contratti di appalto “interni” – art. 26 d.lgs. 81/08 – o a quelle per il contrasto del lavoro irregolare – art. 14)⁵.

Più in generale, si imposta una linea di rafforzamento del sistema sanzionatorio, anche mediante un significativo aumento delle pene detentive e/o pecuniarie previste (ora pure per gli enti oltre che per le persone fisiche: v. art. 300 d.lgs. n. 81/08)⁶, in funzione deterrente rispetto a livelli ancora troppo alti di evasione; ciò anche in considerazione, per un verso, dei meccanismi di riduzione della pena previsti dall’ordinamento (primo fra tutti l’oblazione condizionata, ex d.lgs. 758/94) e, per altro verso, della scarsissima capacità del sistema pubblico di vigilanza di garantire efficaci livelli di controllo sulle aziende.

Tali innovazioni, e tante altre anche di adeguamento e “manutenzione” del quadro normativo preesistente, sono però inserite, per le ragioni sopra chiarite, in un quadro complessivo ricco di incongruenze e di limiti, per i seguenti principali motivi:

a) sul piano generale non si è riusciti realmente nell’obiettivo di dar vita ad un vero e, per quanto possibile, definitivo Testo Unico delle norme di prevenzione, ma ad una sorta di Codice, inficiato da molti rinvii ad altre fonti regolative e da troppe incoerenze tecniche (talora veri e propri errori);

b) gli interventi sul sistema sanzionatorio, per certi versi condivisibili, non sono però inseriti in un più complessivo e organico riordino dello stesso, per riequilibrare i rapporti tra norme del codice penale e legislazione complementare, come pure quelli tra illeciti penali ed illeciti amministrativi;

⁵ V. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo 1 del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT- 73/2008, in www.lex.unict.it/eurolabour/ricerca/wp.it.htm.

⁶ MARRA, *Modelli di organizzazione e di gestione*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, (a cura di), *op. cit.*, p. 483.

c) infine, si mette solo marginalmente mano al riordino del sistema pubblico, in particolare nella sua parte più rilevante e delicata, ossia gli organi di vigilanza, da trent'anni afflitti da una schizofrenica divisione tra Sanità (Asl) e Lavoro (Ispettorati/Direzioni del lavoro), oltre che da una perniciosa carenza, quantitativa ma anche qualitativa, di personale.

Per questi motivi, insomma, prima ancora del parto legislativo già si sapeva che il neonato Codice della sicurezza sarebbe nato debole ed avrebbe richiesto un periodo in incubatrice, oltre a diversi interventi "ortopedici". Per di più, a tali debolezze congenite si è aggiunta anche una "patologia" politica, dovuta all'alternanza di maggioranze politiche (dal centro sinistra al centro destra) ed alle conseguenti differenti impostazioni di politica del diritto.

Il nuovo Governo, infatti, "approfittando" della effettiva necessità di un intervento integrativo e correttivo, ha da subito manifestato l'intenzione di operare una significativa correzione di rotta rispetto alla originaria impostazione del d.lgs. 81/08, il che spiega, fra l'altro, i diversi rinvii all'entrata in vigore di alcune disposizioni del nuovo Codice, intervenuti nei mesi successivi⁷.

Pertanto, si restava in attesa del decreto correttivo, che ha visto la luce nell'agosto del 2009 (d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106), e che, come preannunciato, è portatore di significative modifiche e integrazioni, sul piano quantitativo come su quello qualitativo. Di tali modifiche, si darà conto se e nella misura in cui rilevino ai fini del nostro discorso.

2. *Teorie e tecniche di individuazione dei soggetti responsabili in azienda*

Fatta questa premessa, scenderei nel merito del mio intervento, sempre però partendo da un piano generale e di sistema.

Mi interessa, infatti, prima di (e oltre che) esaminare più da vicino le posizioni delle singole figure nell'assetto di obblighi e responsabilità che emerge dalla nuova disciplina, svolgere qualche considerazione su alcuni aspetti più generali.

Il primo concerne la sostanziale continuità, appunto sul piano generale di sistema, tra il nuovo Codice e l'assetto preesistente, come risultante

⁷ Art. 4 d.l. 3 giugno 2008 n. 97, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 agosto 2008 n. 129; art. 32 d.l. 30 dicembre 2008 n. 207, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2009 n. 14.

dal quadro normativo (in primo luogo il d.lgs. n. 626/94) e dal diritto vivente. Allo stesso tempo, però, il primo conduce sino in fondo alcune soluzioni (formalizzando relative nozioni e istituti) solo accennate o solo indirettamente formulate nella normativa previgente.

Come noto, infatti, il d.lgs. n. 626/94 (ed il suo correttivo del 1996, d.lgs. n. 242), a sua volta riprendendo nozioni ed assetti risalenti alla legislazione tecnica degli anni '50, per un verso, ed ad una consolidata elaborazione della giurisprudenza, per altro verso, aveva:

a) “conservato” la tradizionale “trinità” dei soggetti titolari delle posizioni di garanzia (obblighi/responsabilità) in materia di prevenzione: *datore di lavoro, dirigente, preposto*;

b) formulato nozioni, più o meno precise, per alcuni di tali soggetti, in particolare il primo di essi nella piramide sopra delineata, ossia il *datore di lavoro* (con la ulteriore sottodistinzione datore di lavoro *privato* e *pubblico*); in tali nozioni, aveva sostanzialmente offerto consacrazione legislativa al criterio giurisprudenziale (e dottrinale) che, accanto, e oltre, al dato formale della qualifica posseduta nell’ambito dell’organizzazione dell’azienda, privilegia il criterio funzionale volto a considerare l’effettivo svolgimento, al di là della posizione formale, delle funzioni (e poteri) della figura soggettiva richiamata dalla norma; del resto, il principio di “effettività” è assai familiare al diritto del lavoro in generale, oltre che al suo ramo penale. Si spiega così come il *datore di lavoro*, nell’art. 2 d.lgs. n. 626/94, sia il *titolare del rapporto di lavoro* (criterio formale), ma in realtà possa essere il *soggetto che, secondo il tipo e l’organizzazione dell’impresa, ha la responsabilità dell’impresa stessa ovvero dell’unità produttiva...in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa* (criterio funzionale);

c) dato riconoscimento legislativo, anche se in maniera indiretta, all’istituto della delega di funzioni, fino ad allora vivo e presente solo nelle sentenze dei giudici, ammettendola per tutti gli obblighi del datore di lavoro diversi da quelli, per così dire “primari”, di impostazione/organizzazione del sistema di prevenzione in azienda⁸.

Il nuovo Codice prosegue sul percorso della normativa del 1994 e compie un altro pezzo di strada, sempre alla luce del criterio che, sulla

⁸ Designazione del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione; Valutazione dei rischi e stesura del relativo Documento o piano di sicurezza (art. 1 comma 4-ter d.lgs. n. 626/94).

scorta di autorevole dottrina penalistica⁹, può definirsi come “formale-funzionale”, nel momento in cui cerca una sintesi tra il dato formale definitivo e quello sostanziale (funzionale) dell’effettiva attribuzione e sussistenza, nel soggetto, dei poteri e delle facoltà proprie della posizione formale. In questa direzione, infatti:

a) viene in primo luogo completato il quadro delle “definizioni” delle figure soggettive, esteso, oltre che al *datore di lavoro* – che come si vedrà subisce qualche correzione – anche alle altre figure del *dirigente* e del *preposto*;

b) si opera uno sforzo ulteriore anche nella migliore distinzione del ruolo, e degli obblighi, di ciascun soggetto (ed in particolare della delicata figura del preposto);

c) viene definitivamente consacrata la dignità legislativa della delega di funzioni, della quale, sempre sulla scorta dei preziosi insegnamenti del diritto vivente, vengono specificati condizioni, presupposti di legittimità e limiti di operatività (artt. 16-17 d.lgs. n. 81/08)¹⁰;

d) infine, e dal punto di vista della struttura della legge, esattamente all’opposto, in una norma che anche per questo può dirsi di “chiusura” (art. 299 – esercizio di fatto di poteri direttivi), si legifica, rafforzandolo, il criterio di effettività: *le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all’art. 2... [ossia datori, dirigenti, preposti] gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti.*

Con quest’ultima disposizione norma, in particolare, vengono ripresi, come detto, consolidati orientamenti applicativi della giurisprudenza penale, che si saldano con altrettanti consolidati principi fondativi del diritto del lavoro, per cui elementari ragioni di tutela impongono di tener conto, ed eventualmente di privilegiare, la “sostanza” rispetto alla “forma”, la situazione di fatto rispetto a quella delineata da atti, appunto, formali: basti pensare alla prestazione, appunto, “di fatto”, di cui all’art. 2126 cod. civ., o, ancora più in generale, alla possibile qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, sussistendone i requisiti essenziali, indipendentemente dalla preesistenza di un contratto diverso (di lavoro autonomo).

⁹ PULITANÒ, *Organizzazione dell’impresa e diritto penale del lavoro*, in *RGL*, 1985, IV, p. 1.

¹⁰ BRUNELLI, *La delega di funzioni e l’esercizio di fatto di poteri direttivi*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, (a cura di), *op. cit.*, p. 228; BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *DRI*, 2008, p. 435 ss.

Ed è proprio l'osmosi tra prassi giudiziaria penalistica e lavoristica che induce a ritenere che, ai fini della configurabilità della responsabilità *ex art.* 299 d.lgs. n. 81/08, può essere sufficiente anche l'esercizio temporaneo/occasionale del nucleo delle funzioni essenziali corrispondenti alle singole posizioni di garanzia ¹¹.

Pertanto, al di là di quanto risulta formalmente nell'assetto organizzativo dell'azienda, il soggetto che ha – come dire – sostanzialmente la posizione di datore di lavoro, dirigente o preposto in quanto ne ha i poteri, gestionali, di spesa, organizzativi, sarà il titolare di fatto degli obblighi e delle responsabilità previsti dalla legge. Ma, altro elemento rilevante è che il disposto della norma che qui si commenta sembra confermare anche l'opzione interpretativa del possibile concorso di responsabilità tra il titolare della posizione di garanzia “formale” e colui che, esercitandone di fatto i poteri, ne viene a condividere anche, di fatto, le responsabilità ¹².

3. *Soggetti, obblighi di sicurezza e organizzazione aziendale*

Sempre restando sul piano generale di sistema, vi è un altro aspetto su cui il nuovo Codice si pone in linea di continuità con il nuovo corso avviato dalla disciplina comunitaria e, nel nostro ordinamento, dal d.lgs. n. 626/94, ma rispetto a quest'ultimo compie un significativo progresso: la rilevanza dell'organizzazione in funzione del sistema di prevenzione in azienda.

Va dato merito a Luigi Montuschi, già negli anni '70, di aver dato dignità scientifica, e visibilità anche dal punto della politica del diritto, al nesso tra salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e organizzazione del lavoro ¹³. Quel nesso, che all'epoca poteva apparire ancora come una mera prospettiva di azione, quasi un traguardo “politico” per il tema in questione, con la “comunitarizzazione” della sicurezza del lavoro e la nuova impostazione degli anni '90 è divenuto fattore essenziale e potremmo dire “fisiologico” nella *ratio* e nella impostazione sottesa all'assetto legislativo del d.lgs. n. 626/94.

In questa direzione hanno operato principalmente due innovazioni fondamentali introdotte come obbligo legislativo nel 1994: la valutazione dei rischi e il ricorso a specifiche professionalità tecniche (Servizio di pre-

¹¹ BRUNELLI, *op. cit.*, p. 239.

¹² BRUNELLI, *op. cit.*, p. 240.

¹³ MONTUSCHI, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, FrancoAngeli, 1976.

venzione e protezione – medico competente). Queste ultime, in particolar modo il Servizio di prevenzione e protezione, possono garantire un corretto adempimento dell'obbligo aziendale (del datore di lavoro) di effettuare una puntuale analisi proprio dei processi di lavoro, al fine di individuare e valutare i rischi e correlativamente definire efficaci misure di prevenzione volte ad eliminarli “alla fonte” o a ridurli per quanto possibile.

È evidente, pertanto, che da questo momento “l’analisi e la progettazione del lavoro appaiono strettamente correlate alla prevenzione”¹⁴, tutela della salute e organizzazione del lavoro sono definitivamente interdipendenti.

Inevitabilmente, tutto ciò comportava anche conseguenze, più o meno dirette, oltre che sull’organizzazione del lavoro in senso stretto, sull’organizzazione aziendale in senso più ampio: individuare/formalizzare una catena di obblighi e responsabilità in materia di sicurezza del lavoro nei vertici e quadri aziendali; organizzare una tecnostruttura che completasse quella catena sul piano, appunto, delle competenze tecniche; analizzare e monitorare i processi del lavoro (valutazione rischi, redazione/aggiornamento del documento di valutazione, ecc.); verificare costantemente andamento dei rischi ed applicazione delle misure di prevenzione; in poche parole, realizzare correttamente sul piano operativo quanto obbligatoriamente imposto dal legislatore per proteggere la salute dei lavoratori, ha sostanzialmente significato adeguare di conseguenza l’organizzazione aziendale nel suo complesso, oltre che l’organizzazione del lavoro; progettare e realizzare la sicurezza del lavoro in azienda come “organizzazione nell’organizzazione”¹⁵.

Ed è proprio questo ulteriore passaggio che, sul piano formale, troviamo realizzato nel d.lgs. n. 81/08. Sono diversi ed importanti gli snodi normativi, nel nuovo Codice della sicurezza sul lavoro, che lo attestano.

Il più generale ed importante è certamente la disposizione dell’art. 30 d.lgs. n. 81/08 (in correlazione col successivo art. 300). Da tali norme, ed in particolare dalla prima, si ricava che il legislatore ha adottato un modello culturale e scientifico, per la sicurezza sul lavoro, “socio-tecnico”¹⁶, per il

¹⁴ MAGGI, *Analisi e progettazione per la tutela della salute. L’orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 325 ss.;

¹⁵ V. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 202; MAGGI, *op. cit.*

¹⁶ GOLZIO, *La prevenzione e la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nel quadro del cambiamento dell’organizzazione aziendale*, in TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 33.

quale il dato organizzativo è imprescindibile, “la progettazione organizzativa è volta a realizzare il sistema organizzativo che sia affidabile e sicuro, parametri che conciliano efficienza e tutela e soddisfazione dei lavoratori”¹⁷.

Che l’adozione di un preciso e funzionale modello organizzativo fosse un dato di fatto già prima della nuova legge ce lo conferma lo stesso art. 30 d.lgs. n. 81/08, là dove, al comma 5, specifica i modelli organizzativi, per l’appunto già esistenti¹⁸, che in sede di prima applicazione sono rispondenti ai requisiti del modello organizzativo che lo stesso art. 30 ritiene tale da offrire garanzie sufficienti a concedere una patente di “impresa virtuosa” all’azienda che lo adotta, e tale quindi da escludere, salvo prova contraria, la configurabilità di una responsabilità amministrativa della stessa ai sensi del d.lgs. n. 231/01 (art. 300 d.lgs. n. 81/08)¹⁹.

La novità sta appunto nella nuova impostazione legislativa, per la quale, da un lato, risulta che un modello di organizzazione e gestione aziendale della sicurezza ci debba essere, si potrebbe dire “in ogni caso e comunque”; se poi risponde anche a particolari requisiti, avrà riconosciuto un plusvalore anche in termini di efficacia esimente della responsabilità dell’azienda.

Se è vero che le disposizioni sopra ricordate costituiscono lo snodo più importante dove si incontrano sicurezza del lavoro e organizzazione aziendale, non è però l’unico. Sono diversi, infatti, altri punti del Codice in cui tale incrocio è evidente, a partire dalle disposizioni sulle *definizioni*: già è significativo il fatto che il legislatore definisca anche l’“azienda”, quale *complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato*. Ma l’*organizzazione* diviene anche elemento essenziale ai fini della individuazione dei soggetti passivi (lavoratori) ed attivi (datori di lavoro) dell’obbligo di sicurezza.

Quanto al lavoratore, nel definire la nuova e più ampia (rispetto alla normativa previgente) nozione, l’art. 2, co. 1 lett. a), precisa che è (da considerare) tale ai fini della sicurezza chiunque, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa *nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro*.

Allo stesso modo, il datore di lavoro (privato) sarà (*il soggetto titolare del rapporto di lavoro o comunque*) il soggetto che, *secondo il tipo e l’assetto dell’orga-*

¹⁷ GOLZIO, *op. cit.*

¹⁸ Linee guida UNI INAIL - SGSL; British Standard OHSAS 18001:2007.

¹⁹ DOVERE, *L’impatto della l. n. 3.8.2007, n. 123 sull’apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in RUSCIANO, NATULLO, *op. cit.*, p. 105; MARRA, *op. cit.*

nizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa... in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.

In tali ipotesi, l'“organizzazione” diventa anche sinonimo di contesto ambientale nel quale diventano operative le prescrizioni di prevenzione: in poche parole, sinonimo di “ambiente di lavoro”.

Il riferimento riprende invece significati più squisitamente aziendalistici in altre sedi (disposizioni): si pensi, sempre nelle definizioni²⁰, alle “buone prassi”, quali *soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente*; o ancora alla previsione²¹ che, relativamente alla valutazione dei rischi, dispone che, nel relativo documento, debbano essere individuate le *procedure* per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché i *ruoli dell'organizzazione aziendale* che vi debbono provvedere.

Ed ancora, in stretto collegamento con la norma sul modello di organizzazione e gestione (art. 30), la disposizione sulla delega di funzione, cui s'è fatto cenno in precedenza, nel conservare comunque un obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro delegante sul delegato, prevede che tale obbligo possa esplicitarsi anche attraverso *le procedure di verifica e controllo standardizzate nel modello organizzativo e gestionale aziendale*.

In definitiva, dopo il d.lgs. n. 81/08, il sistema di prevenzione in azienda è inscindibilmente connesso al complessivo modello organizzativo aziendale, e tutte le sue componenti – soggetti, competenze, funzioni, controlli, responsabilità, sanzioni – devono essere inseriti in un assetto organizzativo esplicitato, e rispondere a criteri di razionalità organizzativa, efficienza ed efficacia. Ciò, oltre a rendere meno onerosa e più agevole la prevenzione in azienda, ed a fornire un indubbio ausilio anche in termini di facilitazione dei controlli esterni ad opera degli organi pubblici di vigilanza, come s'è visto diventa un decisivo elemento di valutazione della “colpa” penale, ai sensi art. 300 d.lgs. n. 81/08 (si potrebbe dire: colpa per difetto di organizzazione).

4. I “garanti” della sicurezza nel nuovo Codice. La problematica individuazione del datore di lavoro “pubblico” tra criterio formale e criterio funzionale

Dopo queste osservazioni più di sistema, che in qualche modo sono servite a definire il substrato ed il contesto in cui si inseriscono le dispo-

²⁰ Art. 2, lett. v.

²¹ Art. 28, co. 2, lett. d.

zioni sui soggetti obbligati, vorrei svolgere alcune riflessioni più specifiche relativamente ai tre soggetti tradizionalmente responsabili e quindi ai loro obblighi e responsabilità.

In linea di massima, si può subito anticipare che sul punto il legislatore, come già si è avuto modo di rilevare, si è mantenuto in linea di continuità col d.lgs. n. 626/94, pur tuttavia non mancando di fare tesoro dell'esperienza applicativa di questi (circa) quindici anni, per apportare delle modifiche, onde eliminare talune incongruenze della normativa previgente e conferire maggiore efficacia qualificatoria alle definizioni.

Partendo proprio da queste ultime, il nuovo Codice in buona sostanza integra e completa le disposizioni del d.lgs. n. 626/94: più esattamente, corregge la definizione di datore di lavoro, e soprattutto introduce per la prima volta anche le definizioni delle altre due figure di responsabili (dirigenti, preposti).

Per quanto riguarda il datore di lavoro, come anticipato al par. 2, il legislatore perfeziona il criterio definitorio funzionale (effettività) quale criterio allo stesso tempo sussidiario e concorrente rispetto a quello formale-civilistico: per le aziende private, infatti, fermo restando il parametro formale della titolarità del rapporto di lavoro con il lavoratore, l'elemento della effettività di funzioni e poteri diviene ancora più sostanziale, attraverso il riferimento, per un verso, alla *responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva* e, per altro verso, all'*esercizio* (nel d.lgs. n. 626/94 era la *titolarietà*) dei poteri decisionali e di spesa.

Le modifiche sono più accentuate per la definizione di datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Per quest'ambito, infatti, il legislatore:

a) inserisce nel testo della norma (art. 2 co. 1, lett. b, seconda parte), il riferimento alla fase di individuazione, che nella normativa previgente era invece in una sede normativa separata (nell'art. 30 d.lgs. 242/96);

b) prevede espressamente che, in caso di omessa, o non conforme, individuazione, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice;

c) precisa che presupposti essenziali per tale individuazione sono che il dirigente (o il funzionario), oltre che dei poteri di gestione, sia dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa.

Quest'ultima previsione, in particolare, assume un certo rilievo: infatti, nella definizione del 1994, il riferimento esplicito ai poteri decisionali e di spesa mancava; ora, pertanto, da un lato, le caratteristiche definitorie "fun-

zionali” del *datore di lavoro* risultano più omogenee tra settori privato e pubblico e, dall’altro lato, non hanno più ragion d’essere le perplessità in qualche caso manifestate²², anche sulla scorta di affermazioni estrapolate da alcune decisioni giurisprudenziali²³, sulla effettiva necessità, per il dirigente-datore di lavoro pubblico, di un effettivo potere di spesa.

Qualche nuova incertezza, invece, sembra poter conseguire alla omessa indicazione, tra gli organi competenti ad emettere il provvedimento organizzativo di individuazione/designazione del dirigente-datore di lavoro, degli *organi di direzione politica*, oltre che degli *organi di vertice delle singole amministrazioni*. Per qualcuno²⁴, infatti, tale cambiamento implicherebbe una diversa scelta compiuta dal legislatore: non sarebbero cioè più competenti, per quell’atto, gli organi politici, bensì i vertici amministrativi degli enti. Per la verità tale conclusione non sembra fondata; la modifica operata dal legislatore pare infatti riconducibile a ragioni di *drafting* legislativo²⁵, e comunque sembra dirimente la considerazione che la locuzione *organo di vertice* risulta il *genus* che può comprendere entrambe le *species*: sia cioè quella degli organi politici, sia quella degli organi di vertice amministrativi (per quegli enti i cui vertici non siano organi politici elettivi).

Più problematico è invece risolvere il contrasto ermeneutico che consegue al combinato disposto della norma in commento con la previsione dell’art. 299 d.lgs. 81/08 ed il principio di effettività ad essa sotteso.

Infatti: per un verso, ai sensi dell’art. 2, requisito essenziale per l’assunzione della “qualità” di datore di lavoro pubblico è l’individuazione da parte dell’organo di vertice, tant’è che, in mancanza (o anche nel caso di individuazione non conforme alla norma), tale qualità resta in capo all’organo di vertice stesso; per altro verso, però, ai sensi dell’art. 299, se il (un) dirigente (pubblico), *pur sprovvisto di regolare investitura*, esercita di fatto i poteri gestionali e di spesa propri del datore di lavoro, dovrebbe comunque assumere la relativa *posizione di garanzia*.

In definitiva, la clausola finale dell’art. 299 sostanzialmente sembra sconfessare il disposto dell’art. 2 (co. 2, lett. *b*, seconda parte); né pare possibile ritenere tale norma prevalente sull’art. 299, in quanto “speciale” ri-

²² PADULA, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro*, Cedam, 1998, p. 226.

²³ Cass. 29 maggio 2000 n. 6176, in *MGL*, 2001; v. STOLFA, *Le definizioni*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, *op. cit.*, p. 75.

²⁴ VENTURI, *I datori di lavoro pubblici*, in TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 161.

²⁵ Cfr. STOLFA, *Le definizioni*, *cit.*, p. 68.

petto alla regola generale posta da quest'ultima. Al contrario, se si ritenesse comunque prevalente il criterio funzionale dell'art. 299, sarebbe di fatto svuotata di contenuto la regola posta dall'art. 2.

La soluzione che pare in grado di rendere compatibili le due disposizioni sopra citate, facendo leva sull'utilizzo, nell'art. 299 d.lgs. n. 81/08, della locuzione "altresi", è quella di ritenere che, nell'ipotesi in questione (cioè di un dirigente pubblico che, in assenza di specifica "individuazione" come datore di lavoro da parte dell'organo di vertice ai sensi dell'art. 2, ne eserciti di fatto i poteri), la relativa "posizione di garanzia" ricada su entrambi i soggetti (organo di vertice e dirigente).

5. Segue. *Dirigenti e preposti*

Del tutto nuove sono le definizioni di *dirigente* e *preposto*. Nel primo caso, la novità legislativa pare dettata, più che da reale esigenza di risolvere problemi definitori, da ragioni di razionalità sistematica: completare cioè il quadro dei soggetti responsabili sul lato aziendale non lasciando priva di nozione la figura del dirigente; laddove invece per datore di lavoro e preposto le definizioni legislative rispondono ad effettive esigenze di circoscrivere correttamente quelle due figure.

Quanto appena detto è dimostrato dal fatto che, invero, la nozione che troviamo ora nell'art. 2 d.lgs. n. 81/08 risulta di scarsa capacità definitoria, in ragione della sua eccessiva genericità, peraltro in qualche maniera "ontologica", nel senso che effettivamente, anche considerando le possibili tipologie ed articolazioni delle figure dirigenziali nelle organizzazioni aziendali, tutto è correlato al (e dipende dal) bagaglio di competenze e poteri che a questi vengono conferiti; poteri gestionali e di spesa che, per quanto più volte ricordato, recano con se corrispondenti obblighi "in prevenzione".

Due osservazioni sono comunque opportune. La prima: che in questo caso, a differenza del datore di lavoro, alcun riferimento viene fatto alla nozione "civil-lavoristica" (che ad esempio avrebbe potuto utilizzare il rinvio all'inquadramento nel sistema di classificazione contrattuale/aziendale); rileva invece solo una nozione "funzionale".

La seconda: che comunque l'attuale definizione sembra confermare che la "qualità" di dirigenti "in prevenzione" è "secondaria" e non "primaria": come per il datore di lavoro, essa consegue cioè alla sua posizione organizzativa generale in azienda (funzioni e poteri) e non a quella specifica

riferita agli obblighi di prevenzione; questi ultimi discendono dunque dai primi, e sono, per così dire, proporzionati ad essi²⁶.

In questo senso, e per essere chiari, i c.d. dirigenti “convenzionali” (o pseudo-dirigenti), tali cioè fondamentalmente in relazione al trattamento economico-normativo ad essi riconosciuto, ma non ai fini del loro effettivo “ruolo” dirigenziale in azienda, non saranno dirigenti “in prevenzione”, non avendone i necessari requisiti funzionali (funzioni/poteri)²⁷.

Infine, i preposti. Anche in questo caso si tratta di una nuova nozione, relativa ad una figura che, nel sistema della ripartizione intersoggettiva degli obblighi di prevenzione, si connota per la sua assoluta peculiarità rispetto agli altri due soggetti considerati: nel senso che, mentre datore di lavoro e dirigente sono figure che il “diritto prevenzionale” per così dire mutua dal diritto del lavoro, anche se poi, come detto, possono assumere connotati diversi, la figura del preposto, è invece tipica ed esclusiva del sistema giuridico in esame, dove sin dagli anni '50 è stato inserito all'ultimo posto nella scala gerarchica dei soggetti responsabili, con compiti e responsabilità esattamente individuati dalle norme e dal diritto vivente.

Agli addetti ai lavori, peraltro, è noto che la posizione del preposto, come detto consolidata, quanto ad area di obblighi e responsabilità, nel corso dei decenni intercorsi tra la legislazione speciale degli anni '50 e quella degli anni '90, ha subito qualche scossone proprio ad opera del d.lgs. n. 626/94 dove, dal combinato disposto della norma generale sugli obblighi di datore di lavoro dirigente e preposto (art. 4), con le “clausole penali” sanzionatorie dell'ultima parte del d.lgs. n. 626/94 (art. 90), proprio quest'ultimo sembrava ricevere una sovraesposizione rispetto all'assetto precedente, che rischiava di avvicinarlo pericolosamente, quanto ad obblighi e responsabilità, ai livelli superiori della scala gerarchica (datore di lavoro, dirigente)²⁸.

Tale rischio è stato scongiurato in sede applicativa dalla giurisprudenza. Vero è che in qualche caso quest'ultima ha riconosciuto l'obbligo per il preposto di disporre adeguati presidi antinfortunistici, in correlazione però alla titolarità di effettivi poteri decisionali e di spesa²⁹ e/o alla parvità

²⁶ Nello stesso senso BASENGHI, *op. cit.*, p. 435.

²⁷ Cfr. BASENGHI, *op. cit.*, p. 433.

²⁸ STOLEA, *Obblighi e diritti dei lavoratori*, in RUSCIANO, NATULLO, *op. cit.*; NATULLO, *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in DLRI, 1996, p. 700.

²⁹ Cass. 5 febbraio 2003 n. 4891, in DPL, 2004, p. 1919.

delle risorse economiche necessarie all'adozione degli stessi³⁰; si tratta però di casi isolati, che non paiono poter contrastare l'affermazione che la giurisprudenza abbia in buona sostanza mantenuto ferma la barra sulla rotta percorsa sino ad allora.

Era comunque auspicato, per tali ragioni, un intervento chiarificatore del legislatore, ora realizzato nel d.lgs. n. 81/08.

Già infatti dalla nozione, come pure, lo si vedrà, dalle norme sugli obblighi, la posizione del preposto viene ora nettamente distinta da quella dei datori di lavoro e dei dirigenti, dai quali lo differenzia il limite di un ruolo tradizionalmente (solo) di vigilanza e controllo sulla corretta applicazione, da parte dei lavoratori, delle misure di prevenzione dai primi (datori e dirigenti) elaborate e realizzate. Tale è il senso della lettera e) dell'art. 2, che rintraccia il preposto in colui che, *in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli* [formula identica a quella utilizzata per il dirigente], *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*³¹.

Se ne ricava pertanto che, fermo restando la rilevanza dell'assetto di fatto dell'organizzazione (e organigramma) aziendale, se questi ultimi sono coerenti rispetto al sistema normativo, il preposto rimane (o se si vuole ritorna ad essere) una figura intermedia tra il dirigente ed i lavoratori³², con compiti di prevenzione limitati alla vigilanza sul corretto (non pericoloso) svolgimento delle mansioni di competenza dei lavoratori stessi, e sulla corretta adozione delle misure di prevenzione previste e predisposte dal datore di lavoro e dal dirigente.

Infine, qualche riflessione di ordine generale sull'area degli obblighi e delle responsabilità dei soggetti aziendali sopra descritti, nel raffronto con la normativa previgente.

Come si è già avuto modo di anticipare trattando delle "definizioni", il nuovo Codice ha inteso differenziare in maniera netta le posizioni soggettive di garanzia di datore di lavoro e dirigente, da un lato, e di preposto dall'altro lato. Pertanto, là dove nel d.lgs. n. 626/94 un'unica norma (art. 4)

³⁰ Cass. 19 febbraio 1988 n. 453, in *SI*, 1999, p. 573.

³¹ STOLFA, *Le definizioni*, cit., p. 77 ss.

³² BONFIGLIO, *Delega di funzioni e soggetti penalmente responsabili alla stregua del d.lgs. n. 626/94, come modificato dal d.lgs. n. 242/96*, in MAZZACUVA, AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in CARINCI, *Diritto del lavoro*, cit., p. 28.

veniva dedicata alla definizione degli obblighi generali di prevenzione per tutte e tre le figure aziendali responsabili, ed era affidato al combinato disposto con le norme sanzionatorie contenenti le “clausole penali” (artt. 89 ss.) il ruolo di consentire la (peraltro non semplice) delimitazione degli obblighi specifici rispettivamente per ciascuna delle suddette figure, nel nuovo assetto del d.lgs. n. 81/08 la norma che individua gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente (art. 18) viene distinta da quella invece dedicata specificamente al preposto (art. 19). Come anticipato poco sopra, è chiaro l’obiettivo del legislatore: risolvere in questo modo le incertezze ermeneutiche che in particolare rischiavano di rendere incongrua, per sovradimensionamento, la “posizione debitoria” del preposto nella ripartizione degli obblighi di prevenzione. Grazie alla nuova formulazione³³, che peraltro si raccorda perfettamente alla nuova nozione, la posizione “funzionale” del preposto viene circoscritta, ben più precisamente che in passato, alla realizzazione del compito di “sovrintendere e vigilare” sull’osservanza ed applicazione di misure e dispositivi di prevenzione da parte dei lavoratori, e di segnalare ai vertici aziendali eventuali negligenze degli stessi e/o eventuali lacune nelle misure di prevenzione stesse.

Da evidenziare, anche, quanto ai preposti, la particolare attenzione dedicata dal legislatore alla formazione, con l’introduzione di uno specifico obbligo di frequentare *appositi corsi* a carico degli stessi (art. 19, lett. g). Si tratta certamente di un nuovo onere per le aziende, che però può avere significativa rilevanza ai fini di distinguere più nettamente la figura del preposto dagli altri lavoratori dell’azienda, e dunque, indirettamente, anche ad indurre quest’ultima (nella persona del datore e del dirigente) ad individuare correttamente tali figure nell’organigramma aziendale³⁴, evitando in tal modo il rischio del cosiddetto “preposto di fatto”: ossia di chi, senza la debita consapevolezza, venga a trovarsi, per l’appunto “di fatto”, in quella posizione di garanzia nei confronti di altri lavoratori, e come tale ad essere destinatario di obblighi e responsabilità “in prevenzione”³⁵.

³³ Cfr. GENITO, *Il ruolo dei preposti*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, *op. cit.*; GENTILE, *I dirigenti e i preposti*, in TIRABOSCHI, *op. cit.*

³⁴ A tale proposito rileva anche la disposizione di cui all’art. 28, co. 2 lett. d), che impone, nella valutazione dei rischi, di individuare anche *i ruoli dell’organizzazione aziendale che vi debbono provvedere (...)*.

³⁵ V. Cass. Pen., sez. IV, 18 maggio 2001 n. 20145, in *ASL*, 2002, p. 7; Cass. Pen., sez. IV, 13 settembre 2001 n. 33548, in *AS*, n. 19, 2001, p. 49.

Quanto invece alle posizioni del datore di lavoro e del dirigente, mi limito solo a segnalare l'altra importante innovazione data dalla disciplina, per la prima volta in maniera esplicita ed articolata³⁶, della "delega di funzioni" dal datore di lavoro al dirigente, cui sono dedicati gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 81/08³⁷.

Anche in questo caso, come per la norma sulle definizioni, il legislatore non realizza nulla di particolarmente innovativo, sostanzialmente limitandosi a dare dignità e certezza di legge ai consolidati orientamenti della giurisprudenza. Ciò non toglie merito a tale intervento, del quale vanno segnalati alcuni aspetti particolarmente significativi, l'ultimo dei quali introdotto in sede correttiva dal d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106:

a) la previsione della necessità, oltre ai "tradizionali" requisiti di legittimità ed efficacia della delega – ora espressamente individuati nell'art. 16 – di una *adeguata e tempestiva pubblicità della stessa*;

b) l'esplicito raccordo funzionale della delega con la accresciuta rilevanza dei modelli organizzativo-gestionali aziendali "di prevenzione"; tant'è che la stessa norma affida al modello organizzativo, e per la precisione ai sistemi di monitoraggio e controllo ad esso interni, l'efficace attuazione dell'obbligo di vigilanza che comunque residua, ai sensi dell'art. 16 co. 3, in capo al datore di lavoro delegante³⁸;

c) infine, la disposizione consente ora esplicitamente la c.d. "subdelega", ossia la possibilità che il soggetto delegato (dal datore di lavoro) a sua volta trasferisca ad altri la propria posizione di garanzia³⁹. Si tratta di una novità rilevante, nella misura in cui fino ad oggi tale possibilità era fortemente messa in dubbio; e, comunque, tale facoltà è resa, opportunamente, meno ampia rispetto alla delega del datore di lavoro, mediante la previsione di alcune ulteriori condizioni⁴⁰.

³⁶ Un riconoscimento solo indiretto della possibilità di "delega di funzioni" era infatti, come detto, contenuto nel d.lgs. n. 626/94 (art. 1, co. 4-ter).

³⁷ BRUNELLI, *op. cit.*; RUSSO, *La delega di funzioni e gli obblighi del datore non delegabili*, in TIRABOSCHI, *op. cit.*; PASCUCCI, *op. cit.*, p. 88 ss.

³⁸ Pur restando sostanzialmente invariato, ai nostri fini, il contenuto della disposizione, la formulazione dell'art. 16 co. 3 è stata modificata dall'art. 12 del decreto correttivo.

³⁹ V. ora art. 16 co. 3-bis introdotto dall'art. 12 d.lgs. n. 106/09.

⁴⁰ Ai sensi del nuovo comma 3-bis, infatti, per la subdelega è e necessario che: a) vi sia la previa intesa con il datore di lavoro datore delegante; b) la delega non sia "generale" ma riferita a *specifiche funzioni*; c) il "subdelegato" non può a sua volta delegare ad altri le funzioni trasferitegli.

Resta ferma, comunque, ed è ora espressamente prevista dall'art. 17 d.lgs. n. 81/08, la indelegabilità degli obblighi del datore di lavoro più generali, di impianto ed impostazione del sistema di prevenzione in azienda: designazione del responsabile del Servizio di prevenzione e prevenzione, valutazione dei rischi e conseguente elaborazione del relativo documento aziendale.

6. I “confini” dell’obbligo di sicurezza nel (dopo il) nuovo Codice della prevenzione

Quanto appena detto ci riporta alla questione della delimitazione della latitudine degli obblighi generali di prevenzione del datore di lavoro.

Come noto, tale soglia nel nostro ordinamento è stata costantemente mantenuta alta, a partire dalla formulazione dell'art. 2087 cod. civ., passando per la legislazione tecnica degli anni '50, fino ad arrivare al d.lgs. n. 626/94.

Quanto all'art. 2087 cod. civ., l'ampiezza e l'efficacia della “copertura” giuridica assicurata dalla norma è vieppiù dimostrata dai profili applicativi sul versante della tutela, oltre che dell'integrità fisica, anche della personalità morale del prestatore di lavoro⁴¹. Si tratta di ipotesi tra le più significative nelle quali la norma del codice civile ha dimostrato la sua capacità di riempire le lacune del quadro normativo, fornendo un essenziale supporto in assenza di specifiche disposizioni di tutela. In tal modo, l'art. 2087 cod. civ. ha, in particolare, offerto una solida base normativa ai giudici per la tutela dei prestatori (prestatrici) di lavoro nei casi di molestie sessuali e, più generale, di vessazioni sul lavoro (mobbing). L'art. 2087 cod. civ. ha in questo modo aperto nuove frontiere, portando ancora più in avanti i confini della sicurezza del lavoro, nell'ambito di una più ampia e complessiva tutela della persona del lavoratore nei luoghi di lavoro⁴².

⁴¹ LANOTTE, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *DRI*, 2002, n. 1, p. 125; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. Art. 2087 c.c., *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER P., diretto da BUSNELLI, Giuffrè, 2008; AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007; CORSO, *La tutela della “personalità morale” nella prospettiva di una revisione delle norme per la sicurezza del lavoro*, in NATULLO, SANTUCCI (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 177 ss.

⁴² MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, 1, p. 321; NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico*, in *RIDL*, 2002, 1, p. 287; AIDLASS, *op. cit.*

Tra la disposizione del codice civile e la normativa del 1994 intercorre poi una linea di continuità, nel senso che in quest'ultima sono stati articolati principi e tutele già in qualche maniera "inclusi" nella formula generale di garanzia dell'art. 2087 cod. civ.⁴³. In quest'ottica, rileva in particolare l'art. 3 d.lgs. n. 626/1994, norma dedicata alle "misure generali di tutela": "una sorta di preambolo programmatico che (...) ha la funzione di stabilire alcune linee-guida sul tipo di protezione che si intende realizzare e sugli obiettivi da raggiungere, nonché sulle sequenze procedurali attraverso cui conseguirli in modo corretto ed efficace"⁴⁴.

Il d.lgs. n. 81/08 resta nel solco tracciato dalle disposizioni appena citate, ma allo stesso tempo compie un ulteriore passo avanti. Ciò, sia nella formulazione dei principi generali di prevenzione (misure generali di tutela – art. 15), dove si rinvencono novità di un certo rilievo⁴⁵, quali il dovere di allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio e la sua eventuale assegnazione ad altre mansioni, o quella di programmare le misure per assicurare il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi, sia soprattutto nelle disposizioni, assai più significative sul piano della posizione obbligatoria del datore di lavoro, sugli obblighi generali (art. 18) e la valutazione dei rischi (art. 28 s.)⁴⁶.

Dal combinato disposto di tali norme, infatti, risulta un ulteriore rafforzamento, sia in "ampiezza" che "in profondità", dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, che deve ricomprendere, in sede di valutazione, tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, con particolare riferimento a quelli collegati allo "stress lavoro correlato" (di cui all'accordo europeo 8 ottobre 2004), ed a quelli derivanti da particolari situazione soggettive (gravidanza, età, provenienza da altri Paesi, ecc.).

Anche sul piano delle concrete modalità organizzative (oltre quanto sopra detto circa i modelli di organizzazione e gestione), lo stesso art. 28

⁴³ GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, Giuffrè, 1996, p. 1 ss.; ROMEI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 626/94 e i soggetti (artt. 1, 2, 3)*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute, sicurezza*, cit., p. 62.

⁴⁴ CULOTTA, DI LECCE, COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Pirola, 1996, p. 58.

⁴⁵ STOLFA, *Il ruolo del datore*, cit., p. 212 ss.

⁴⁶ STOLFA, *Il ruolo del datore*, cit., p. 211 ss.; MONDA G. M., *La valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO, *op. cit.*; PASCUCCI, *op. cit.*, p. 88.

d.lgs. n. 81/08 (lett. d) prevede che nel documento di valutazione dei rischi siano individuate le procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, come pure i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di competenze e poteri adeguati.

Se poi si aggiungono le disposizioni che rafforzano ulteriormente gli obblighi di informazione e formazione (ed ora anche di addestramento specifico – art. 37 d.lgs. n. 81/08), per non parlare di quelli connessi ai contratti di appalto, d'opera o di somministrazione (art. 26 d.lgs. n. 81/08)⁴⁷, si può in definitiva riconoscere che il legislatore del nuovo Codice ha significativamente rafforzato gli argini dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, soprattutto sul piano operativo della effettiva traduzione in misure di tutela per le diverse tipologie di rischio e di soggetti esposti.

Non deve meravigliare, pertanto, che, anche se con riferimento alla legge delega n. 123/07, sia stata addirittura ipotizzata una conformazione dell'ordinamento prevenzionale italiano al principio di "precauzione" di derivazione comunitaria, per cui, pure in caso di "assenza di 'certezza scientifica', a fronte di un rischio potenziale e di ragionevoli dubbi circa la possibilità che si producano effetti gravi e negativi per la salute del lavoratore, [ciò] non deve impedire che si adottino da parte del datore di lavoro misure e cautele appropriate in via preventiva"⁴⁸.

Inevitabile, a questo punto, chiedersi quale possa essere l'incidenza del nuovo Codice sul "principio primo" del nostro sistema di prevenzione: la "Massima Sicurezza Tecnologica"⁴⁹.

Come noto, il "nuovo corso" europeo sulla tutela dell'ambiente di lavoro ha, se possibile, ulteriormente consolidato quel principio e le correlate applicazioni. Sulla scorta delle disposizioni della direttiva quadro n. 89/391/CE (basti pensare al tredicesimo considerando, secondo cui non ri-

⁴⁷ PASCUCCI, *op. cit.*, p. 96; PASQUARELLA, *La responsabilità nel sistema degli appalti*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 297.

⁴⁸ MONTUSCHI, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in DLRI, 2007, p. 29; SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 60/2007, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm; PASCUCCI, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in QDLRI, 1993, n. 14, p. 77; NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, 1995, p. 69 ss.; LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, 2002, p. 18 ss.; MONTUSCHI, *La Corte Costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, in ADL, 2006, I, p. 3.

levano “considerazioni di carattere puramente economico”), sono state introdotte diverse disposizioni, in particolare nel d.lgs. n. 626/1994, che hanno ancora avallato l’orientamento già consolidato. Per restare alle sole disposizioni generali, si pensi al già menzionato art. 3, lett. b) (obbligo di eliminare i rischi “in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico”) o anche all’art. 4, 5° co. (obbligo di aggiornamento delle misure di prevenzione “in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi (...) al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione”). Ma possono considerarsi anche disposizioni specifiche: ad es. gli artt. 28, 33, 62, 64, 1° co., lett. d).

Nel nuovo assetto normativo, dunque, la giurisprudenza – come si vedrà con qualche distinguo della Corte costituzionale⁵⁰ –, ha trovato dunque i presupposti per confermare nella sostanza l’orientamento consolidatosi in precedenza, anche nelle occasioni in cui il disposto normativo poteva spingere verso interpretazioni più “ragionevoli” di quel principio: come nel caso del d.lgs. n. 277/99 (art. 13, 1° co.; art. 41, co. 1), che ha previsto l’obbligo di adottare “in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico (...) le misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente attuabili”⁵¹.

A questo punto, e prima di esaminare l’importante passaggio della sentenza della Corte costituzionale del 1996, il discorso va allargato a tener conto delle possibili accezioni applicative del criterio della massima sicurezza tecnologica, che sono almeno tre⁵².

1) Secondo una versione estremamente (troppo) rigorosa, il principio imporrebbe al datore di lavoro l’obbligo di ricercare costantemente e realizzare le tecnologie di prevenzione più progredite, indipendentemente dalla loro diffusione sul mercato.

2) Una lettura, per così dire più equilibrata, fa riferimento alla c.d. *best available technology*, ossia all’obbligo di adottare le misure tecnologicamente più avanzate disponibili sul mercato, indipendentemente dal fatto che siano o meno diffuse ed applicate nel settore produttivo di appartenenza dell’azienda.

3) Infine, la versione più “morbida”, accogliendo invece quest’ultima condizione, impone la *best practicable technology*: l’obbligo del datore di la-

⁵⁰ C. Cost. 25 luglio 1996 n. 312, in *DPL*, 1996, p. 3171.

⁵¹ NATULLO, *La tutela dell’ambiente*, cit., p. 238 ss.

⁵² SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2001, p. 181.

voro trova dunque il suo limite negli *standards* tecnologici di prevenzione diffusi nel settore di appartenenza.

Questa distinzione consente di comprendere meglio i termini della questione, ed anche di capire i motivi del dibattito suscitato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 312/96 sopra citata. Sono note le ragioni che hanno portato all'intervento del giudice delle leggi, peraltro già in precedenza avutosi con riferimento ad una norma del d.P.R. n. 303/1956 (art. 24). Il carattere generico di norma penale "in bianco" di precetti come quello *ex art.* 41 d.lgs. n. 277/1991 – sopra ricordato – ha fatto dubitare, come per la norma, simile, del 1956, della compatibilità con il principio di legalità e di necessaria determinatezza della legge penale.

Anche in questo caso, come già in precedenza, la Corte non ha accolto la questione, ma con una sentenza "manipolativa" ha precisato "la sola via" per limitare la discrezionalità del giudice e salvare la costituzionalità della norma: afferma, infatti, che l'obbligo imposto – di applicare cioè tutte le misure – vada inteso nel senso che "là dove parla di misure "concretamente attuabili", il legislatore si riferisca alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standards* di sicurezza propri, in concreto ed al momento delle diverse attività produttive" e dunque la misura di prevenzione diviene obbligatoria "non se (è) compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa (è) accolta negli *standards* di produzione industriale, o specificamente prescritta".

La pronuncia, che per alcuni avviava finalmente un opportuno *revirement* sul principio della massima sicurezza tecnologica⁵³, per altri (per la verità, forse i più) compie una sterzata che allontana la lettura dei giudici costituzionali non solo dalla più rigorosa e "idealista" delle tre opzioni sopra ricordate, ma anche da quella più equilibrata, come si è detto prevalente in giurisprudenza ed in dottrina, che si affida alla *best available technology*⁵⁴.

⁵³ MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro tra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, p. 501; VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, 1996; ALBI, *op. cit.*

⁵⁴ GUARINIELLO, *Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale*, in *RGL*, 2001, p. 537; MARINO, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *RIDL*, 1997, II, p. 27.

La questione può apparire sottile, ma in verità è di un certo rilievo: il criterio utilizzato dalla Corte (*best practicable technology*) comporta non lievi problemi, ad es. di definizione dell'ambito da considerare (territoriale, settoriale ecc.), come pure rischi di autoreferenzialità del sistema (alle imprese converrebbe mantenere basso il livello delle misure applicate, per non innalzare gli standard). In questo senso, allora, è da preferire la soluzione che impone l'applicazione delle misure tecnologicamente disponibili nel mercato, da un lato senza richiedere "illuministici" sforzi dei datori di lavoro, di cercare cioè misure tecnologicamente ancora più avanzate, in astratto possibili secondo la scienza, ma in concreto non "di mercato" (e dunque difficilmente reperibili, e probabilmente economicamente troppo onerose); ma, dall'altro lato, senza nemmeno richiedere l'ulteriore condizione che le misure siano divenute degli standard del settore. È vero che, con buona probabilità, le misure disponibili sul mercato sono tali pure (ma non necessariamente) perché fanno parte degli standard aziendali; ma è anche vero che attestarsi sul livello di tecnologia generalmente praticato "equivarrebbe a disincentivare le imprese da investimenti finalizzati a miglioramenti tecnologici, che, quand'anche raggiunti, avrebbero difficoltà ad essere commercializzati all'interno del comparto produttivo di riferimento"⁵⁵.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla soluzione accolta, non si può non nascondere che il criterio della massima sicurezza tecnologica, trasportato dal piano astratto "di sistema" (e dunque innanzitutto legislativo) a quello concreto applicativo, di parametro di valutazione giudiziale del corretto adempimento dell'obbligo di sicurezza, porta con sé le inevitabili perplessità legate all'incertezza dei confini quell'obbligo, tanto più significativa in ragione della rilevanza penale delle infrazioni datoriali. Da qui le altrettanto inevitabili contraddizioni: si pensi ad esempio alla stessa dottrina, dove, pur se si condivide l'obiettivo della massima sicurezza tecnologica, è frequente il richiamo ad una applicazione "ragionevole" di quel principio⁵⁶; ma anche alla stessa Corte di Giustizia Europea che, per un verso, sostiene quel principio, e pertanto ha condannato l'Italia per non corretta trasposizione degli artt. 6 e 7 direttiva n. 89/391/CE, dal momento che l'art. 4, 1° co., non specificava che la valutazione di rischi doveva essere oggetto di aggiornamento in funzione del progressivo sviluppo delle condizioni e

⁵⁵ SOPRANI, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁶ LAI, *op. cit.*, p. 23; MONTUSCHI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *LD*, 1995, p. 416; ROMELI, *op. cit.*, pp. 64-66.

delle ricerche scientifiche⁵⁷; per altro verso, ritiene insufficiente una tutela affidata a norme elastiche e “di chiusura”, come appunto l’art. 2087 cod. civ. o altre norme della legislazione tecnica, che non possono sopperire all’assenza/mancata trasposizione di precetti contenenti requisiti minimi vincolanti, e non sono soprattutto in grado di definire situazioni giuridiche sufficientemente chiare, con i relativi effetti in termini di certezza dei diritti per i destinatari degli obblighi⁵⁸.

In che modo incide, se incide, sullo *status quo ante*, il d.lgs. n. 81/08? Sul punto si può partire dalla considerazione che il legislatore non è riuscito (o non se l’è sentita) di dire una parola (più) chiara in merito⁵⁹, evitando di “scegliere” tra le diverse locuzioni e possibili formule ermeneutiche del principio in questione.

Eppure, è possibile rinvenire ancora tracce evidenti dello stesso: ad es. nella lettera *n*) della norma sulle definizioni (art. 2 d.lgs. n. 81/08), dove la “prevenzione” è definita anche con riferimento ai parametri dell’art. 2087 cod. civ. (particolarità del lavoro, esperienza e tecnica), sui quali notoriamente poggia gran parte delle fondamenta del principio della “Massima Sicurezza Tecnologica”.

Così pure, la lettera *c*) della norma sulle misure generali di tutela (art. 15) poc’anzi richiamata, impone l’eliminazione dei rischi, o la loro riduzione al minimo, in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico.

Ancora, l’art. 18 (lett. *z*), tra gli obblighi del datore di lavoro, prevede quello di aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione.

Proprio quest’ultima norma offre segnali significativi in altra direzione: quella cioè di limitare gli spazi di incertezza (e relativa discrezionalità valutativa) in ordine ai confini dell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

⁵⁷ C. Giust. 15 novembre 2001, C-49/00, in *RIDL*, 2002, II, p. 221.

⁵⁸ C. Giust. 10 aprile 2003, C-65; v. anche C. Giust. 14 giugno 2007, III sezione, C-127/05, in *RIDL*, 2008, II, p. 3 ss., con nota di BONARDI. Sul punto v. FANTINI, *Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: orientamenti giurisprudenziali*, in *DRI*, 2004, p. 131 ss.; ALBI, *op. cit.*

⁵⁹ V. CARINCI, *Prefazione*, cit., p. I.

Se infatti si vanno a guardare le norme (artt. 55 ss.) che nel d.lgs. n. 81/08 dispongono le sanzioni per la violazione degli obblighi del titolo I, ci si rende conto che, prima delle modifiche apportate dal decreto correttivo (art. 32 d.lgs. n. 106/09), il sopracitato obbligo di aggiornamento veniva sanzionato penalmente solo nella sua prima parte (c. art. 55, co. I, lett. a), escludendo dunque la “diretta” punibilità penale dell’obbligo di aggiornare le misure di prevenzione (anche) in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione. Riducendo notevolmente in tal modo la effettiva portata dell’obbligo stesso, e di fatto circoscrivendolo all’evoluzione organizzativa e produttiva. In realtà, nella nuova formulazione “corretta” dell’art. 55, questa disposizione è scomparsa, e nella nuova lettera a) del primo comma si dispone in generale la sanzione per la violazione dell’obbligo di valutazione del rischio e redazione del relativo documento, di cui all’art. 29 co. I d.lgs. n. 81/08.

Allo stesso modo, se si esaminano anche altre norme che, nei titoli successivi del decreto, prevedono, in relazione ai diversi settori e/o rischi, le misure (obblighi) di prevenzione, e che contengono formule general-generiche riconducibili al principio della MSTP, di riduzione al minimo dei rischi mediante adozione di misure che tengano conto del progresso tecnico (v. ad es. artt. 182, 192), ci si rende conto che tali misure non assurgono al rango di obblighi penalmente sanzionati.

In tal modo, il legislatore sembra essersi sforzato di ridurre, se non di evitare, la possibilità di conflitto tra norme di prevenzione e principi costituzionali in materia penale che, come ricordato, in passato hanno prodotto gli interventi della Corte costituzionale; ciò, anche tenendo conto della ulteriore accentuazione dei contenuti (modalità di attuazione) “organizzativi” e “procedurali” degli obblighi di sicurezza, pare anche ridurre in qualche modo la possibile rilevanza “diretta” (penale) del principio astratto della MSTP nella delimitazione dell’obbligo di sicurezza del datore di lavoro.

Come sempre, sarà il “diritto vivente” a confermare o smentire questa possibile evoluzione.

