

Giurisprudenza

Il preposto: modifiche del Decreto Legislativo 81/08 e recente giurisprudenza

Erica Galbo¹, Michele Montrano² e Giacomo Porcellana²

¹ Tecnico della Prevenzione nell'Ambiente e nei Luoghi di Lavoro presso SPresal ASL TO5

² Tecnico della Prevenzione nell'Ambiente e nei Luoghi di Lavoro presso SPresal ASL TO3

Il succedersi di lutti e tragedie nei luoghi di lavoro porta ad interrogarsi sul perché nel nostro paese, nonostante una normativa attenta e scrupolosa basata sull'obbligo di valutazione dei rischi, continuino a verificarsi infortuni così gravi.

Occorre intanto riconoscere che il processo di valutazione dei rischi non è una garanzia assoluta che possa assicurare il risultato atteso, ma è un processo che richiede continue verifiche ed implementazioni.

Anche nel caso in cui il processo di valutazione dei rischi raggiunga lo scopo di prevedere adeguate misure di prevenzione e protezione, la mancata o inadeguata osservanza delle procedure operative, e i difetti della vigilanza e della formazione costituiscono la principale causa del fallimento della valutazione dei rischi.

Questa ragione ha spinto il legislatore a mettere mano alla norma nel tentativo di rafforzare il ruolo del preposto che rappresenta un anello fondamentale, ma non unico, nel passaggio dalla pianificazione all'azione.

Il recente decreto-legge 21 ottobre 2021, n. 146 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 21 ottobre 2021, n. 252) convertito dalla Legge 17

dicembre 2021, n. 215 (GU n. 301 del 20-12-2021) ha, tra l'altro, rivisto alcune norme che riguardano la figura del preposto.

Come spesso accade, modifiche, pur di interesse, che però si inseriscono in un sistema normativo che sin dal 1955 individuava nel proposto importanti obblighi e responsabilità¹, e che hanno riaperto l'attenzione su tale figura.

Intanto, perché la nuova norma ha inserito la lettera b-bis all'art. 18 comma 1 del D.Lgs 81/08 introducendo l'obbligo a carico di datori di lavoro e dirigenti "individuare il preposto o i preposti per l'effettuazione delle attività di vigilanza di cui all'articolo 19".

La norma pare stabilire un obbligo assoluto senza distinzione per tipologia o dimensione aziendale oppure per contesto; ad esempio, è sempre necessario nominare un preposto, anche nei casi in cui il datore di lavoro sia assiduamente presente per svolgere in prima persona l'azione di vigilanza (immaginiamo le realtà ove il datore di lavoro ha un solo sottoposto, o quelle in cui sono presenti due o tre soci)?.

Si veda fra le tante sentenze Cassazione Penale, sezione III, n. 1142 del 27 gennaio 1999 "grava sul preposto, nell'alveo del suo compito fondamentale di vigilare sull'attuazione delle misure di sicurezza, l'obbligo di verificare la conformità dei macchinari alle prescrizioni di legge e di impedire l'utilizzazione di quelli che, per qualsiasi causa (inidoneità sopravvenuta od originaria), siano pericolosi per l'incolumità del lavoratore che li manovra".

Questo quesito si sarebbe potuto porre anche in riferimento a circostanze ove la normativa già prevedeva espressamente la presenza di un preposto, quali le fasi di montaggio e di smontaggio del ponteggio: il datore di lavoro non è forse un soggetto idoneo a ricoprire tale ruolo, a fronte ovviamente di adeguata formazione?

Domande che animano il dibattito.

C'è chi, ad esempio, sostiene che la chiave sia da ricercare nel verbo "individuare" utilizzato dal legislatore che non porterebbe automaticamente all'obbligo di nomina del preposto, ma solamente alla sua individuazione formale facendo emergere i c.d. preposti di fatto. Si tratta della stessa lettura che dava la risposta all'interpello n. 16 del 2015.

Esso aveva indicato che l'individuazione della figura del preposto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e), del D. Lgs. n. 81/2008, "non è obbligatoria in azienda ma è una scelta del datore di lavoro in base all'organizzazione ed alla complessità della sua azienda" specificando, peraltro, che il preposto è un "soggetto dotato di un potere gerarchico e funzionale, sia pure limitato, e di adeguate competenze professionali al quale il datore di lavoro fa ricorso in genere allorché non può personalmente sovrintendere alla attività lavorativa e controllare l'attuazione delle direttive da lui impartite".

Lo stesso interpello ammetteva ancora che esistono "alcuni casi particolari (come ad esempio per il montaggio e lo smontaggio delle opere provvisorie, lavori di demolizione, montaggio e smontaggio dei ponteggi, ecc.), in cui il legislatore richiede specificatamente che i lavori siano effettuati sotto la diretta sorveglianza di un soggetto preposto e gerarchicamente sovraordinato ai lavoratori

che effettuano tali attività, che ovviamente può essere lo stesso datore di lavoro purché abbia seguito gli appositi corsi di formazione".

Si tratta di una lettura suggestiva, ma che porterebbe ad una conclusione paradossale, ovvero che l'intervento legislativo del 2021 avrebbe avuto lo scopo di affermare lo stesso principio della normativa previgente come chiarito dall'interpello del 2015. Questa lettura non convince anche perché non risponde a all'imperativo "devono" che caratterizza tutti gli obblighi dell'articolo 18 del D.Lgs 81/08.

D'altra parte, si capisce il tentativo visto che appare davvero difficile immaginare "l'individuazione" di un preposto all'interno di una c.d. micro impresa.

Al momento una risposta definitiva non c'è e quindi pare prudente consigliare ai datori di lavoro di procedere sempre, o quantomeno in tutti i casi in cui è concretamente possibile, all'individuazione del preposto o dei preposti, poi, come sempre, sarà la prassi e la giurisprudenza a tracciare i limiti di applicabilità e di esigibilità di questa nuova norma.

Comunque, occorre ricordare che la definizione di preposto (*persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa*) apre, a giudizio di chi scrive, a diverse possibilità organizzative.

Al netto del lungo inciso che essa contiene la definizione di preposto punta essenzialmente all'*attuazione delle direttive*, e al controllo sulla *corretta esecuzione* del lavoro in sicurezza e l'obiettivo dichiarato dalla nuova norma è la *concreta attività di vigilanza di cui all'articolo 19.*

Dunque, sembra evidente che il legislatore, essendo consapevole che si possa verificare il mancato rispetto delle procedure aziendali con il "conseguente fallimento della gestione del rischio delineata con documento di valutazione dei rischi"², chieda a datori di lavoro e dirigenti di farsene carico individuando le figure che hanno il compito di vigilare e contrastare tali comportamenti.

Difficile anche immaginare che la soluzione possa essere quella in cui il datore di lavoro possa individuare sé stesso come preposto. Ciò perché è evidente che gli obblighi definiti dall'art. 19, comma 1 lettere a e f-bis rendono incompatibile il doppio ruolo.

Tuttavia, ciò non significa che i Compiti di vigilanza dei quali è sicuramente investito il preposto non siano richiesti anche al datore di lavoro e al dirigente.

Si veda sul punto quanto disposto dall'art. 18 comma 3-bis del D. Lgs. n. 81/2008 che affida al datore di lavoro e ai dirigenti diffusi compiti di vigilanza (peraltro non presidiati da sanzione) in ordine all'adempimento degli obblighi dei preposti, dei lavoratori, dei progettisti, dei fabbricanti e dei fornitori, degli installatori e del medico competente³ (artt. 19, 20, 22, 23, 24 e 25).

E proprio sulla vigilanza, a carico del datore di lavoro e del dirigente, sull'operato del preposto, più volte la Suprema Corte si è espressa in maniera netta e coincisa.

Ha infatti chiarito che *"il datore di lavoro deve controllare che il preposto, nell'esercizio dei compiti di vigilanza affidatigli, si attenga alle disposizioni di legge e a quelle, eventualmente in aggiunta, impartitegli"*⁴ e qualora *"nell'esercizio dell'attività lavorativa sul posto di lavoro si instauri, con il consenso del preposto, una prassi contra legem, foriera di pericoli per gli addetti il datore di lavoro o il dirigente, ove infortunio si verifici, non può utilmente scagionarsi assumendo di non essere stato a conoscenza della illegittima prassi, tale ignoranza costituendolo, di per sé, in colpa per denunciare l'inosservanza al dovere di vigilare sul comportamento del preposto, da lui delegato a far rispettare le norme antinfortunistiche"*⁵.

Nella lunga, e sin qui tracciata, via seguita dagli operatori di settore, la sovrapposizione di obblighi e di responsabilità dei soggetti obbligati si è snodata attraverso l'individuazione delle rispettive attribuzioni e competenze.

² Si veda per tutte: Cassazione penale, Sez. IV – Sentenza n. 20833 del 15 maggio 2019 (u.p. 3 aprile 2019) - Pres. Izzo – Est. Pavich - P.M. (Diff.) Pinelli – Ric. S. e Cassazione penale, Sez. IV – Sentenza n. 14915 del 4 aprile 2019 (u.p. 19 febbraio 2019) - Pres. Izzo – Est. Dovero - P.M. (Parz. diff.) Marinelli – Ric. A. e altro. ⁷² Cassazione Penale, Sez. 4, 04 aprile 2019, n. 14915

³ "...fermando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti".

⁴ Cassazione Penale, sezione IV, 02 ottobre 2019, n. 40276 che cita Cassazione Penale, sezione IV, n. 26294 del 14/03/2018, Fassero Gamba, Rv. 272960 (in un caso di prassi "contra legem", instauratasi con il consenso del preposto, foriera di pericoli per gli addetti, in cui il datore di lavoro sia venuto meno ai doveri formazione e informazione del lavoratore e abbia omesso ogni forma di sorveglianza circa la pericolosa prassi operativa instauratasi).

⁵ Cassazione Penale, sezione IV, 16 gennaio 2004, n. 18638

Lungo questo asse ha oscillato nel tempo anche l'interpretazione giurisprudenziale con risultati differenti per fatti apparentemente simili tra loro.

Così la Suprema Corte⁶ ha sintetizzato la questione ritenendo *"riconducibile alla sfera di responsabilità del preposto l'infortunio occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa, a quella del dirigente il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa e a quella del datore di lavoro, invece, l'incidente derivante da scelte gestionali di fondo"*.

Nondimeno, pare evidente che i fatti concreti si muovano attraverso dinamiche più complesse e meno schematiche.

Ad esempio, vi sono realtà nelle quali il datore di lavoro cerca attraverso la nomina di dirigenti e preposti (e anche attraverso la delega ex art. 16) di allontanare da sé, il più possibile, le eventuali responsabilità in caso di infortunio ed altre realtà nelle quali il datore di lavoro accentra su di sé ogni compito senza individuare dirigenti e/o preposti.

Oggi si impone una nuova necessità che nasce dalla consapevolezza che anche la mancata attuazione delle misure di sicurezza è un rischio valutabile e da valutare o per dirla con le parole della Corte di Cassazione⁷

"Il mancato adempimento da parte del dipendente agli obblighi previsti dalla disposizione, e più in generale al dovere di collaborazione, non costituisce mai, infatti, un rischio nuovo o comunque radicalmente esorbitante rispetto a quelli che il garante è chiamato a governare, ma proprio uno di quei rischi".

Dunque, proprio la valutazione dei rischi, della quale è oberato il datore di lavoro, deve considerare il rischio del mancato rispetto delle misure previste e dell'instaurarsi di prassi contrarie alle procedure aziendali definite nel DVR.

E come per ogni altro rischio, il DVR deve individuare le misure di prevenzione che in questo caso riguardano un modello di vigilanza e controllo. Ciascun datore di lavoro attraverso la valutazione del rischio deve definire e contestualizzare sistema di vigilanza individuando (art. 28, comma 2, lettere d) i ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, ivi compresi i preposti.

D'altra parte, anche il nuovo punto 12 dell'allegato I del D. Lgs. n. 81/2008 fa riferimento alla "Omessa vigilanza in ordine alla rimozione o modifica dei dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo". E la mancata previsione nel DVR di un sistema di vigilanza, nel caso di rimozione o modifica dei dispositivi di sicurezza, esporrà l'impresa alla sospensione dell'attività imprenditoriale ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs 81/08.

In merito a questa novità normativa, viene spontaneo aprire una riflessione sulla difficoltà cui possono andare in contro gli organi di vigilanza ogni qualvolta rilevino la mancanza di anche un solo dispositivo di sicurezza o di segnalazione o di controllo: difficoltà non tanto legata alla tipologia di indagine da svolgere o atti da svolgere, quanto alle tempistiche e alle risorse da investire per accertare che effettivamente, oltre alla rimozione stessa, vi sia stata un'omessa vigilanza.

⁶ Cassazione Penale, Sez. 4, 22 giugno 2021, n. 24415

Si pensi, ad esempio, ad un'ispezione in un'azienda, durante la quale si rilevi la manomissione di un dispositivo di interblocco posto a servizio di un riparo di protezione di organi pericolosi - casistica tutt'altro che rara - l'urgenza concreta sarebbe quella di impedire, che tale condotta possa portare ad ulteriori conseguenze.

Gli altri accertamenti che potrebbero prevedere di raccogliere delle Sommarie Informazioni Testimoniali per capire da chi sia stato rimosso quel dispositivo, da quando e se chi aveva il compito di vigilare avesse avuto modo e tempo di accorgersene, acquisire ed analizzare documentazione quali rapporti di manutenzione, richieste di interventi, ecc. verrebbero necessariamente dopo.

Considerato il ridotto numero di ispettori che vigilano su così tante aziende e vasti territori. Viene da chiedersi quale sia la strategia più efficace e se ne valga la pena svolgere sempre questi ulteriori accertamenti o se, invece, non sia meglio investire diversamente le poche risorse disponibili.

Ma torniamo alla figura del preposto.

Non basta individuarlo, ma occorre formarlo a svolgere il suo ruolo. L'obbligo già stabilito dall'art. 37, comma 7 del D.Lgs 81/08 è stato rafforzato dal novellato comma 7-ter⁸.

Tuttavia, un problema irrisolto, anche alla luce delle nuove norme, riguarda l'effettività e la qualità della formazione.

Sempre più frequentemente gli organi di vigilanza accertano che dietro gli attestati formativi si nasconde una realtà di corsi di formazione mai realizzati o realizzati con tempi e modi insufficienti o inadeguati⁹.

È quindi necessario che il legislatore si muova in modo deciso su questo fronte, che attualmente risulta quasi totalmente scoperto, prevedendo un controllo stringente e sanzioni severe per chi attesta falsamente l'avvenuta formazione e anche prevedendo, per i ruoli più critici, il superamento di esami pubblici.

Il preposto deve essere formato perché deve avere conoscenze, competenze e abilità che gli forniscano la capacità di affrontare compiti non semplici. Non a caso il legislatore attraverso una previsione unica all'interno del D.Lgs 81/08 arriva a prevedere la possibilità che i contratti e gli accordi collettivi di lavoro possano stabilire uno specifico emolumento per lo svolgimento delle sue attività.

Non solo, il legislatore appare consapevole della delicatezza dei compiti affidati al preposto che in determinate situazioni può essere chiamato a disporre la sospensione delle attività e perciò stabilisce che *"Il preposto non può subire pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della propria attività"*.

⁸ 7-ter. Per assicurare l'adeguatezza e la specificità della formazione nonché l'aggiornamento periodico dei preposti ai sensi del comma 7, le relative attività formative devono essere svolte interamente con modalità in presenza e devono essere ripetute con cadenza almeno biennale e comunque ogni qualvolta sia reso necessario in ragione dell'evoluzione dei rischi o all'insorgenza di nuovi rischi.

⁹ Tema recente affrontato da Cassazione Penale, Sez. VII, 17 aprile 2019, n. 167157 che respingendo il ricorso di un imputato al quale erano state negate le attenuanti generiche pone in evidenza la produzione della falsa documentazione da parte dell'imputato stesso, "che non solo denota particolare callidità nell'azione, ma è chiaramente descrittiva, nell'ottica del giudice, di un negativo giudizio sulla personalità dell'imputato, elemento che deve essere valutato ex art. 133, c.p., smentendo nel contempo la sussistenza dei fattori attenuanti invocati, tra cui proprio la condotta del reo successiva al reato, concretizzatasi nel produrre un documento falso all'organo di vigilanza per ottenere i benefici derivanti dalla procedura di cui al d. lgs. n. 758 del 1994, osta al riconoscimento dell'art. 62 bis, c.p."

Non viene esplicitato, ma pare evidente che il datore di lavoro e i dirigenti debbano inoltre riconoscere al preposto il tempo e il modo per poter volgere concretamente i propri compiti dell'art. 19. Va da sé che la nomina di uno o più preposti dovrà essere valutata alla luce dell'organizzazione e della dimensione aziendale, poiché è chiaro che il preposto deve poter rispondere al suo "obbligo diretto e continuativo di sorveglianza sui mezzi e sulle lavorazioni".

In questi termini si esprime Cassazione Penale, Sez. 4, 01 febbraio 2022, n. 3538. La sentenza merita un approfondimento.

Riferendosi alla figura del preposto la Suprema Corte afferma che *"Le competenze normativamente attribuitegli, che delineano l'area di rischio rispetto alla quale egli riveste la posizione di garante, derivano dalla situazione di prossimità alle lavorazioni ed all'opera svolta dai dipendenti. È proprio in forza di detta condizione che l'art. 19 d. lgs. 81/2008 assegna al preposto il compito di controllo immediato e diretto sull'esecuzione dell'attività da parte dei lavoratori, così come quello sull'eventuale instaurarsi di prassi comportamentali incaute e quello su anomalie di funzionamento di macchinari cui gli operatori siano addetti."*

Questa lettura colloca il preposto sul luogo e nel tempo dell'azione.

Ancorché sovraordinata non deve trattarsi di una figura distante che magari deve curarsi di mille altre incombenze e che si limita ad intervenire quando gli giunge una segnalazione.

Su questo punto i giudici nella loro sentenza sono chiari nell'argomentare che il compito di controllo immediato e diretto posto in capo al preposto è *"specificamente sancito dalla lett. f) della disposizione che impone di "segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente*

sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro, delle quali venga a conoscenza sulla base della formazione ricevuta" non può risolversi nell'attesa di segnalazioni da parte di terzi..."

Nel caso specifico l'infortunio sarebbe avvenuto a causa del malfunzionamento di una attrezzatura di lavoro ed è *"in relazione all'omissione di vigilanza che la Corte -così come il giudice di primo grado- ascrive la responsabilità al preposto, cui imputa di non avere verificato il mal funzionamento del macchinario ed il suo utilizzo con modalità incongrua ... ad esso conseguendo il dovere di segnalazione al datore di lavoro"*.

La Cassazione indica altresì l'ipotesi che avrebbe potuto configurare *"l'esenzione di responsabilità"* del preposto individuandola come possibile *"solo ed esclusivamente se il problema verificatosi sul macchinario, e l'incauta modalità di lavoro posta in essere per oviarvi, fossero così recenti rispetto al momento in cui l'infortunio si è verificato da potersi immaginare che entrambi avessero potuto sfuggire al controllo continuativo, proprio perché appena manifestatisi"*.