PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 18 - numero 3906 di mercoledì 30 novembre 2016

Contratto d'appalto non scritto, appalto "di fatto" e sicurezza

Quando e come scattano gli obblighi di sicurezza (art.26) in caso di appalto non scritto, appalto di fatto e irregolare, accordi verbali. La forma del contratto di appalto, il concetto di affidamento e la disponibilità giuridica. Di Anna Guardavilla.

In termini generali, il contratto d'appalto ai sensi del codice civile - salvo alcune eccezioni che vedremo - è un contratto a forma libera.

Tuttavia la giurisprudenza ci ricorda che da un lato alcuni vincoli relativi alla **forma** del contratto d'appalto sono posti da varie normative che regolamentano specifici ambiti e settori e dall'altro che gli obblighi di salute e sicurezza sul lavoro previsti dall'articolo 26, da cui scaturiscono adempimenti, aggiungono ulteriori vincoli di forma e di sostanza di cui bisogna tenere conto.

Non solo. Allorché i lavori vengono affidati senza un contratto scritto, la domanda che ci si può porre è: a partire da quando (o da quale circostanza) un lavoro, una fornitura o un servizio viene considerato "affidato"? Un appalto la cui gestione sia compatibile con l'art.26 D.Lgs.81/08 dal punto di vista della sicurezza sul lavoro può essere concluso "per fatti concludenti", cioé solo mediante l'inizio dell'esecuzione della prestazione? Queste domande sono molto importanti se si collega il tutto all'articolo 26 che prevede che prima dell'affidamento dei lavori debba essere stata realizzata la selezione dell'idoneità tecnico-professionale e che prima dell'inizio dei lavori debbano essere adempiuti tutti gli altri obblighi previsti dall'articolo 26 stesso.

Cosa accade inoltre quando abbiamo un appalto "di fatto", cioè un appalto privo - secondo la nozione fornitaci dalla giurisprudenza - dei requisiti di regolarità del conferimento dell'appalto stesso (ad es. per mancanza di autorizzazione del committente al subappalto quando prevista o per irregolarità, etc. etc.)? Che ruolo gioca in questo caso il principio di effettività?

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0399] ?#>

Per dare una risposta alle domande che ci siamo posti, facciamo riferimento a 3 sentenze della Cassazione che ricostruiscono bene il quadro generale e che si segnalano per il loro interesse.

La forma del contratto d'appalto, l'affidamento dei lavori senza contratto scritto e gli obblighi di sicurezza, la disponibilità giuridica

In Cass. Pen., Sez.III, 17 aprile 2014 n. 17010 troviamo una chiara e articolata risposta ad alcune delle domande che ci siamo posti sopra.

Vediamo anzitutto il caso che è piuttosto particolare e poi i principi che la sentenza ha affermato.

Questa pronuncia ha accolto il ricorso di R., che era stata condannata per violazione del *"D.Lgs.n.81 del 2008, **art. 26, comma 1, lett.b),** perché, nella sua qualità di **socio accomandatario** della ditta B.A. s.a.s. [un negozio di articoli sportivi, n.d.r.], committente dei lavori **per la fornitura e la posa in opera di un impianto di videosorveglianza** in forza di contratto sottoscritto in data 17/12/2009 con la ditta F. s.n.c. di C.F. [contratto poi rivelatosi in realtà inesistente, n.d.r.], e, quindi, datore di lavoro, ometteva di fornire all'impresa appaltatrice dettagliate **informazioni sui rischi specifici** esistenti [...] di talché S.A., impegnato nella posa del predetto impianto di sorveglianza nel sottotetto dell'immobile di pertinenza dell'azienda... camminando su una porzione di soletta non portante, precipitava nel vuoto".*

La R. inoltre era stata condannata per violazione dell'art.64, c.1, lett.a), in relazione al D.Lgs.n.81 del 2008, art.68, c.1, lett. b), legato alla conformità dei luoghi di lavoro alla normativa di salute e sicurezza.

Questo è ciò che si è verificato: a seguito di un furto nella società e quindi della decisione di quest'ultima di installare un antifurto, l'infortunato si era presentato presso il negozio *"ed era molto insistente nel proporsi per installare l'antifurto. **Il preventivo rilasciato dal S.** per l'effettuazione dei lavori portava la data del 17/12/2009 ed era sottoscritto su carta intestata della ditta...s.n.c., diversa, quindi, rispetto alla società a cui il S. risultava appartenere o, comunque essere collegato in base alla presentazione con il biglietto da visita. [...] **Tale preventivo, dunque, era una vera e propria "bozza"..."***

A quel punto il giorno dell'infortunio *"S., interessato a svolgere il lavoro, si era presentato di sorpresa un sabato mattina e, nonostante l'invito a non procedere, ed a presentarsi in altra data, si era imposto ed aveva iniziato il lavoro, salendo nel controsoffitto per installare i macchinari."*

L'imputata ricorre in Cassazione e la Corte accoglie il ricorso.

Tra i vari motivi di ricorso, *"sostiene la ricorrente che il D.Lgs.n.81 del 2008, art.26 presuppone, per l'esistenza degli obblighi imposti, che i lavori siano "affidati" all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi, sicché richiede l'esistenza di un contratto" e fa inoltre presente che "il piano superiore, da cui era caduto il S., non era adibito alla permanenza di persone e che la soletta di tale piano non era nella giuridica disponibilità dell'imputata".*

La Cassazione fa così una ricognizione sul concetto di affidamento, sulla forma del contratto d'appalto in relazione agli obblighi di sicurezza di cui all'articolo 26 D.Lgs.81/08 e sulla disponibilità giuridica.

Dopo aver richiamato il contenuto dell'articolo 26, la Corte ricorda che ***"l'obbligo di fornire le dettagliate informazioni** ai lavoratori sui rischi specifici e sulle misure di prevenzione e di emergenza, infatti**, presuppone l'esistenza di un rapporto contrattuale** d'appalto o d'opera o di somministrazione."* Ma *"nel caso di specie, come emerso in sede istruttoria, era stato semplicemente inviato dal S. un preventivo, qualificabile come "bozza", per di più non ancora accettato dalla ricorrente. E', dunque, evidente che **non vi fosse ancora stato un "affidamento" dei lavori** di fornitura e posa in opera del sistema antifurto, dunque **non** poteva ritenersi ancora **configurabile** quel **rapporto giuridico da cui scaturiscono gli obblighi imposti dal D.Lgs.n.81 del 2008, art.26."***

Secondo la Corte, non avrebbe neanche senso *"obiettare che **il contratto di appalto,** in quanto contratto che **non richiede la forma scritta** (salvi casi espressamente previsti dalla legge come, ad esempio, nei contratti di appalto in cui è parte la Pubblica Amministrazione), possa ritenersi concluso anche per facta concludentia.*

*Ed invero, pur essendo il contratto di appalto, in linea di principio, **un contratto a forma libera,** non essendo soggetto ad alcun vincolo di forma (Cass. 6 giugno 2003, n. 9077), esistono **tre ipotesi in cui, di contro, anche l'appalto deve necessariamente avere forma scritta.***

Si ha, infatti, la necessità della forma scritta, per espressa previsione di legge (artt. 237, 238 e 852 cod.nav.) per l'appalto relativo alla costruzione di navi o aeromobili, così come è prevista la forma scritta ad substantiam per gli appalti pubblici (come per tutti i contratti in cui sia parte al P.A.). Parimenti è necessaria la forma scritta ad substantiam per gli appalti tra privati in cui l'operazione complessiva voluta dalle parti contempli anche il trasferimento della titolarità di diritti reali su beni immobili (art. 1325 cod. civ.)."

A questo punto la sentenza diviene molto interessante perché la Corte ricollega questi principi generali - relativi al contratto d'appalto dal punto di vista civilistico - ai vincoli posti dall'art.26 D.Lgs.81/08 che pone gli obblighi prevenzionistici.

Prosegue infatti la Cassazione: *"**l'appalto può quindi concludersi anche oralmente o, addirittura, per facta concludentia. Tuttavia,** possiamo dire che **le condizioni richieste dal D.Lgs.n.81 del 2008 (art. 26, comma 3,** [...] In caso di redazione del documento [**DUVRI,** n.d.r.] esso è allegato al contratto di appalto o di opera e deve essere adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture; art. 26, **comma 5:** Nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione [...] devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'art.1418 c.c. **i costi delle misure** adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle **interferenze** delle lavorazioni. I costi di cui al primo periodo non sono soggetti a ribasso. [...] A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e gli organismi locali delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale), **è necessaria la forma scritta ad substatiam e ad probationem."***

E *"pertanto **deve escludersi la conclusione di un contratto d'appalto D.Lgs.n.81 del 2008, ex art.26, per "facta concludentia" ossia mediante inizio dell'esecuzione (della prestazione),** secondo il modello di cui all'art. 1327 cod. civ."*

Infine, *"riguardo al motivo di ricorso relativo alla disponibilità dei luoghi, esso è «parimenti fondato, atteso che è pacifico che la ricorrente, nella qualità di socio accomandatario della s.a.s., **non** avesse la **disponibilità giuridica del luogo di lavoro (come richiesto dal D.Lgs.n.81 del 2008, art.26, c.1)** ma **solo di fatto**. Ed è evidente che gli obblighi imposti dal D.Lgs.n.81 del 2008, art.64, riguardanti i "luoghi di lavoro" gravano sul datore di lavoro per i soli luoghi di lavoro su cui sia esercitabile un "controllo" datoriale in quanto rientranti nella disponibilità giuridica di quest'ultimo."*

L'appalto "di fatto"

In **Cassazione Penale, Sez. IV, 27 settembre 2012 n. 37325,** in cui l'oggetto del contendere era la dimostrazione del fatto che una parte dei lavori affidati da un committente ad un appaltatore fosse stata subappaltata, la Corte sottolinea che *"i giudici di merito hanno fatto cenno ad una situazione che hanno indicato come **"appalto di fatto", intendendo** con tale espressione definire **la sostanza del rapporto intervenuto** tra X e Y srl, **a prescindere dalla regolarità del conferimento dell'appalto stesso***

per mancanza di autorizzazione da parte [del committente]."

Secondo la Corte *"la valutazione è corretta poiché nella materia che qui interessa, quella del rispetto della normativa a protezione dei lavoratori,* ***ciò che conta non è la definizione formale dei rapporti tra le parti, e dunque accertare se l'appalto era valido (in relazione al divieto di subappalto vigente nella materia dei lavori pubblici), ma la sostanza delle situazioni****, sostanza che i giudici hanno accertato essere quella della presenza sul cantiere di più imprese, ciascuna responsabile di parte dei lavori."*

Quindi *"in sostanza nel settore della prevenzione degli infortuni la posizione di garanzia del datore di lavoro, in quanto ispirata alla protezione del soggetto debole del rapporto, ha una portata ampia e cogente e non tollera che il datore di lavoro metta in campo strumenti normativi volti ad aggirare l'obbligo su di lui gravante."*

L'applicazione dei principi su richiamati, e in particolare del principio di effettività, ha fatto sì nel caso di specie che *"la responsabilità degli imputati è dunque stata correttamente collegata alla contestuale presenza dei medesimi sul cantiere, in virtù dei vari subappalti o affidamenti di lavori, situazione che obbligava tutti a un rigoroso controllo della pericolosità del lavoro."*

Appalto conferito a ditta irregolare non specializzata e senza contratto scritto e obbligo di vigilanza del committente

Chiudiamo con la descrizione di un caso emblematico.

Una sentenza di quest'anno (**Cass. Pen., Sez.IV, 24 giugno 2016 n.26490)** ha confermato la responsabilità **-** tra gli altri soggetti - di un committente dei lavori (oltre che dell'appaltatore, quest'ultimo quale *"responsabile di una* ***ditta individuale "irregolare",*** *appaltatore dei suddetti lavori e datore di lavoro del* ***lavoratore irregolare*** *F.V."),* per aver **omesso** ***"di incaricare*** *per i suddetti lavori* ***una ditta specializzata provvista di capacità tecnico-professionali adeguate,*** *con impianto organizzativo di prevenzione, mezzi e attrezzature adeguate e lavoratori regolarmente assunti e formati, e comunque di verificare l'idoneità del soggetto affidatario prescelto e di fornire allo stesso soggetto informazioni dettagliate sui rischi specifici esistenti nell'ambiente di lavoro, in particolare sul rischio che la copertura in eternit del capannone poteva cedere sotto il peso degli operai, e sulle misure di prevenzione ed emergenza adottate in relazione alla propria attività, nonché omettendo di promuovere la cooperazione ed il coordinamento elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indicasse le misure adottate per eliminare eventuali interferenze con la propria attività lavorativa."*

La Cassazione ricorda che secondo il Tribunale e la Corte d'Appello *"dalle risultanze in atti emergono* ***plurimi profili di responsabilità del committente, non solo per aver affidato l'incarico dei lavori, mediante un accordo verbale, ad una ditta irregolare,*** *priva di adeguati mezzi e attrezzature (come precisato dal C., anche il trabattello per salire sul tetto era stato realizzato senza osservare le norme di sicurezza) ma anche per aver omesso di fornire le informazioni necessarie sui rischi specifici esistenti nell'ambiente di lavoro, e cioè che la copertura del capannone era costituita da onduline in eternit che potevano cedere sotto il peso eccessivo di una persona, in particolare se rese umide dalla pioggia."*

La Corte conclude affermando il seguente principio: ***"l'appalto (specie se conferito a ditta "irregolare" e senza contratto scritto) può solo ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita al committente datore di lavoro, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento (sez. 4, n. 6280 del 11/12/2007).***

Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del committente permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo."

Anna Guardavilla

Dottore in Giurisprudenza specializzata nelle tematiche normative e giurisprudenziali relative alla salute e sicurezza sul lavoro

Cassazione Sezione III Penale - Sentenza n. 17010 del 17 aprile 2014 - Pres. Teresi ? Est. Scarcella ? P.M. Izzo - Ric. R.M.A.L.. - L'obbligo da parte del committente di rispettare le disposizioni dell'art. 26 del d. lgs. n. 81/08 esiste solo in presenza di un regolare rapporto contrattuale d'appalto o d'opera non potendosi ritenere concluso il contratto per "facta concludentia".

Corte di Cassazione - Penale, Sez. IV - Sentenza n. 37325 del 27 settembre 2012 - Lavori di manutenzione straordinaria dell'impianto di illuminazione e scarica elettrica mortale: responsabilità nei contratti di appalto

Corte di Cassazione - Pen., Sez.IV ? Sentenza n. 26490 del 24 giugno 2016 - Infortunio mortale del lavoratore irregolare caduto a causa del cedimento di una copertura in eternit. Responsabilità del committente per aver omesso di verificare l'idoneità dell'affidatario prescelto

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

---

www.puntosicuro.it