PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 24 - numero 5113 di Mercoledì 02 marzo 2022

Il nuovo preposto: principio di effettività, obblighi e formazione

Il nuovo ruolo del preposto nel D.Lgs. 81/2008. La seconda parte di un contributo dell'avvocato Rolando Dubini si sofferma sul principio di effettività, sugli obblighi del preposto e sulla formazione obbligatoria e l'aggiornamento.

Uno delle novità più importanti nell'organizzazione e gestione della salute e sicurezza sul lavoro riguarda la nuova ***figura del preposto*** *come modificata nel D.Lgs. 81/2008 attraverso l'azione del decreto-legge 146/2021 e della legge di conversione 215/2021.*

*Per questo motivo abbiamo pubblicato nei giorni scorsi la prima parte "del contributo dell'avvocato Rolando Dubini dal titolo "**Individuazione (nomina, incarico, comunicazione dei compiti ecc.) del preposto o dei preposti**", una prima parte che si è soffermata, in particolare, sulla definizione e sul nuovo obbligo di individuazione del preposto (o dei preposti).*

In questa seconda parte l'avvocato analizza, invece, il principio penale di effettività, i vari obblighi del preposto, fornendo anche molte informazioni sulla formazione obbligatoria e l'aggiornamento.

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-MIM-[USB073] ?#>

Individuazione (nomina, incarico, comunicazione dei compiti ecc.) del preposto o dei preposti - seconda parte

4. Il principio penale di effettività di cui all'art. 299 del D. Lgs. n. 81/2008

5. Obblighi del preposto: rilevazione di non conformità comportamentali, deficienze di mezzi e attrezzature e situazioni di pericolo e interruzione attività del lavoratore

6. La formazione obbligatoria e l'aggiornamento del preposto

4. Il principio penale di effettività di cui all'art. 299 del D. Lgs. n. 81/2008

IL D.Lgs. n. 81/2008 contiene, alla fine dell'articolato, in uno degli ultimi articoli, il TITOLO XII - DISPOSIZIONI IN MATERIA PENALE E DI PROCEDURA PENALE.

Occorre preliminarmente chiarire che questo Titolo non è in alcun modo destinato ai datori di lavoro, ma a chi deve applicare le norme di legge, ovvero in primo luogo (art. 13 D.Lgs. n. 81/2008) agli ispettori INL e ASL/ATS che contestano le violazioni con i verbali di contravvenzione e prescrizione di cui al D.Lgs. n. 758/1994, e, avanti ai giudici, quando devono essere individuate le posizioni di garanzia nei processi penali per gli infortuni e le malattie professionali. Sono esclusivamente qualificati come destinatari del Titolo XII i soggetti autorizzati dall'ordinamento giuridico ad applicare questo articolo 299 del D.Lgs. n. 981/2008 per sanzionare i contravventori o condannare anche a pene detentive gli imputati ritenuti colpevoli degli infortuni e malattie causati dal lavoro.

Il citato articolo 299 (Esercizio di fatto di poteri direttivi) del D.Lgs. n. 81/2008 prevede, in tal senso, che "***le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b)*** [dirigente], ***d)*** [preposto] ***ed e)*** [lavoratore], ***... gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti***".

L'articolo 299 sul principio di effettività non c'entra assolutamente nulla con l'obbligo preventivo del datore di lavoro/dirigente di individuare il preposto ai sensi dell'art. 18 del D.Lgs. 81/2008, ma opera a posteriori per attribuire responsabilità penali dirette in difetto di preventiva individuazione. E non può mai essere invocato come preventiva individuazione perché opera all'opposto esclusivamente con finalità sanzionatoria a posteriori, che rivela tra l'altro l'inadeguatezza dell'organizzazione aziendale della sicurezza, incapace di definire (individuare) a priori le posizioni e i compiti degli effettivi "preventori" aziendali (garanti della sicurezza).

In sostanza ASL/INL e Giudici penali sono "costretti" ad utilizzare il principio di effettività andando ad indagare chi effettivamente disponeva della supremazia necessaria ad impedire gli eventi infortunistici perché chi avrebbe dovuto preventivamente individuarli, nominandoli/incaricandoli ecc., non lo ha fatto. Ed emerge qui pure un profilo di colpa organizzativa ex D.Lgs. n. 231/2001: incapacità aziendale di definire a priori un sistema di organizzazione-gestione-controllo individuando-nominando i soggetti incaricati di attuarlo a livello di vigilanza della sicurezza sul luogo di lavoro.

Il futuro accordo quadro sulla formazione da emanarsi entro il 30 giugno 2022 ovviamente non ha nulla a che vedere con l'individuazione del preposto.

La **Cassazione Penale, Sez. IV, 23 settembre 2016 n. 39499** richiama il principio di effettività, che utilizza da tempo immemorabile nelle proprie sentenze, quale "***principio testualmente e positivamente previsto dall'art. 299 del D.Lgs. n. 81/2008 in tema di esercizio di fatto di poteri direttivi***." Secondo la Cassazione, "***con tale norma il legislatore ha, invero, codificato il principio di effettività, elaborato dagli interpreti*** [Cassazione Penale], ***al fine di individuare i titolari della posizione di garanzia, secondo un criterio di ordine sostanziale e funzionalistico.*** **In altri termini, l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale** [quando la stessa non corrisponde ai compiti effettivamente esercitati e ai poteri di cui si dispone] (cfr. sez. 4, n. 10704 del 19/03/2012)."

Applicando tale principio penalistico, la Cassazione penale individua i destinatari delle norme antinfortunistiche affermando che "***va compiuta non tanto in relazione alla qualifica rivestita nell'ambito dell'organizzazione aziendale ed imprenditoriale***

quanto, soprattutto, con riferimento alle reali mansioni esercitate *che importino le assunzioni di fatto delle responsabilità a quelle inerenti,* ***la qualifica e le responsabilità del preposto non competono soltanto ai soggetti forniti di titoli professionali o di formali investiture, ma a chiunque si trovi in una posizione di supremazia, sia pure embrionale, tale da porlo in condizioni di dirigere l'attività lavorativa di altri operai soggetti ai suoi ordini****; in sostanza* ***preposto può essere chiunque, in una formazione per quanto piccola di lavoratori, esplichi le mansioni di caposquadra al di fuori della immediata direzione di altra persona a lui soprastante***" (Corte di Cassazione Penale, 6 luglio 1988 n° 7999, Chierici ed altro, in motivazione).

In questo caso il preposto svolge un compito che, definito genericamente dalla massima come "dirigere", e che rappresenta un modo concreto di sovraintendere all'attività dei lavoratori: la supremazia nella normale organizzazione del lavoro è il criterio distintivo del preposto; perciò in sede di individuazione conviene affidare il compito di preposto a soggetti che anche in sede di indagine penale hanno i requisiti per vigilare realmente sui sottoposti.

Possiamo dunque affermare che "**in materia di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, il preposto condivide con il datore di lavoro, ma con sfumature diverse secondo le sue reali mansioni, oneri e responsabilità soltanto gli obblighi di sorveglianza, per cui egli non è tenuto a predisporre i mezzi antinfortunistici, essendo questo un obbligo esclusivo del datore di lavoro, ma deve invece vigilare affinché gli ordini vengano regolarmente eseguiti. L'omissione di tale vigilanza costituisce colpa se sia derivato un sinistro dal mancato uso di tali cautele**" [Cassazione penale, sez. IV, 21 giugno 1988, Cass. pen. 1989, 1091 (s.m.). Riv. pen. 1989, 377. Giust. pen. 1989, II,362 (s.m.)].

In particolare trattasi di un soggetto, alle dirette dipendenze del datore di lavoro, al quale è attribuita una funzione di controllo permanente (ma non necessariamente continuativo dal punto di vista della presenza fisica) e di sovrintendenza nello svolgimento della prestazione lavorativa. La Cass. Pen. sez. IV, con sentenza del 25/1/1982 n. 745, ha ritenuto che "**i preposti non esauriscono il loro obbligo con l'impartire generiche disposizioni al personale sottostante, essendo essi tenuti a vigilare sulla concreta attuazione di tali disposizioni e a predisporre i mezzi che si rendano necessari**".

In tal senso "**compito del preposto non è di sorvegliare ininterrottamente, senza soluzione di continuità, il lavoratore, tanto da doversi ritenere che il legislatore abbia richiesto l'impiego congiunto di due persone, cioè il lavoratore e il suo controllore**; **il preposto deve semplicemente assicurarsi in modo continuo ed efficace che il lavoratore segua le disposizioni di sicurezza impartite ed eventualmente utilizzi gli strumenti di protezione prescritti; egli deve effettuare direttamente, cioè personalmente e senza intermediazioni di altri, tale controllo; ciò non significa che il preposto non possa allontanarsi dal luogo nel quale opera il lavoratore, né dedicarsi anche ad altri compiti di sorveglianza o di lavoro**" (Cassazione Penale sez. IV, 5 novembre 1987, Grotti).

5. Obblighi del preposto: rilevazione di non conformità comportamentali, deficienze di mezzi e attrezzature e situazioni di pericolo e interruzione attività del lavoratore

La legge 215/2021 di conversione del DL 146/2021 ha apportato importanti modifiche all'articolo 19 del D.Lgs. n. 81/2008 recante gli "Obblighi del Preposto" penalmente sanzionati a titolo contravvenzionale. Ai sensi di detto articolo "**in riferimento alle attività indicate all'articolo 3, i preposti, secondo le loro attribuzioni e competenze, devono**:

a) sovrintendere e vigilare sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi

di protezione individuale messi a loro disposizione e'', a partire dal 21 dicembre 2021, ''in caso di rilevazione di non conformità comportamentali in ordine alle disposizioni e istruzioni impartite dal datore di lavoro e dirigenti ai fini della protezione collettiva e individuale, intervenire per modificare il comportamento non conforme fornendo le necessarie indicazioni di sicurezza. In caso di mancata attuazione delle disposizioni impartite o di persistenza della inosservanza, interrompere l'attività del lavoratore e informare i superiori diretti".

Inoltre è pure fondamentale la nuova lettera "**f-bis) in caso di rilevazione di deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e di ogni condizione di pericolo rilevata durante la vigilanza, se necessario, interrompere temporaneamente l'attività e, comunque, segnalare tempestivamente al datore di lavoro e al dirigente le non conformità rilevate**".

I due nuovi obblighi sono sanzionati penalmente a titolo contravvenzionale, e costituiscono pure gravi violazioni disciplinari del contratto di lavoro:

Sanzioni per il preposto

- Art. 19, co. 1, lett. a), ... e f-bis: arresto fino a due mesi o ammenda da 491,40 a 1.474,21 euro [Art. 56, co. 1, lett. a)]

L'obbligo del preposto di vigilare sul rispetto delle disposizioni di legge, e aziendali, di contrastare i comportamenti scorretti e pericolosi dei lavoratori e ogni situazione di pericolo, con l'obbligo di sospendere il lavoro, sempre in caso di pericolo grave e immediato, configura una posizione di garanzia diversa dal passato, più ampia e incisiva, e in molti casi potrebbe configurarsi come l'unico responsabile di infortuni sul lavoro nei quali le macchine e le disposizioni organizzative sono ineccepibili, e la causa dell'infortunio sia da ricondursi unicamente nella mancata sospensione del lavoro (mancato esercizio del potere impeditivo da parte del garante della sicurezza nominato dal datore di lavoro in conformità alla definizione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2008). Inoltre coinvolge anche le situazioni di pericolo create da appaltatori e subappaltatori.

Il datore di lavoro e il dirigente sono obbligati a pretendere lo svolgimento di questi compiti da parte del preposto regolarmente individuato, ai sensi del D.Lgs. n. 81/2008 art. 18 recante anche gli Obblighi [di vigilanza] del datore di lavoro e del dirigente: "***3-bis. Il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti altresì a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19* [preposto]*, 20* [lavoratore]*, ..., ferma restando 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***".

In caso di omessa vigilanza saranno corresponsabili delle omissioni del preposto.

6. La formazione obbligatoria e l'aggiornamento del preposto

Coerentemente con la nuova e più importante posizione di garanzia del preposto, la Legge di conversione n. 215/2021 del Decreto Legge n. 146/2021 ha introdotto nell'articolo articolo 37 sulla Formazione il nuovo comma 7-ter, ai sensi del quale "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 ciò sia reso necessario in ragione dell'evoluzione dei rischi o all'insorgenza di nuovi rischi**".

La violazione di questo comma è punita, per il datore di lavoro e il dirigente, come segue:

- Art. 37, co. 1, 7, 7-ter, 9 e 10: arresto da due a quattro mesi o ammenda da 1.474,21 a 6.388,23 euro [Art. 55, co. 5, lett. c)].

Dunque per quel che riguarda la formazione in presenza e l'aggiornamento biennale della formazione obbligatoria in materia di salute e sicurezza sul lavoro dei preposti possiamo dire quanto segue.

La legge di conversione 215/2021 del DL 146/2021 è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 20.12.2021, ed è entrata in vigore il giorno dopo. L'obbligo penalmente sanzionato con arresto o ammenda dell'aggiornamento biennale è stato introdotto nell'art. 37 del DLgs 82/2008 da tale legge.

La Costituzione vieta la retroattività della legge penale. Per effetto di tale divieto l'obbligo è dunque entrato in vigore il 21.12 2021 e non può avere effetto retroattivo. Fatto salvo il periodo transitorio che potrebbe essere previsto dal nuovo accordo Stato Regioni sulla formazione, entro giugno 2022. E andrà letta l'imminente nuova circolare di INL.

Nel frattempo chi ha il quinquennio che scade entro il 21.12.2023 rispetta la scadenza già prevista.

Viceversa chi ha il quinquennio che scade oltre il 21.12.2023 dovrebbe comunque completare l'aggiornamento entro tale data.

Chi vuole in ogni caso anticipare i tempi dell'aggiornamento può farlo e si pone così nell'ottica virtuosa del miglioramento continuo.

Per chi ha programmato la formazione FAD, e comunque prima della modifica, visto che il tutto entra a regime il 21.12.2023 e i vigenti accordi stato regioni non sono affatto stati abrogati, continuano ad essere perfettamente validi e obbligatori fino a che non verranno sostituiti, non mi pare ci siano controindicazioni a finire il ciclo formativo in corso con le modalità già decise.

Inoltre la formazione in videoconferenza sincrona registrata con telecamera accesa deve ritenersi tutti gli effetti formazione in presenza.

In tutti i casi un modulo formativo aggiuntivo di una o due ore, possibilmente in presenza, è altamente consigliabile.

Giova rammentare anche la modifica dell'articolo 37 con la nuova parte aggiunta al comma 2: "*Entro il 30 giugno 2022 la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano adotta un Accordo nel quale provvede all'accorpamento, rivisitazione e modifica degli Accordi attuativi del presente decreto legislativo in materia di formazione in modo da garantire:*

1. *l'individuazione della durata, dei contenuti minimi e delle modalità della formazione obbligatoria a carico del datore di lavoro;*
2. ***l'individuazione delle modalità della verifica finale di apprendimento obbligatoria per i discenti di tutti i percorsi formativi e di aggiornamento obbligatori in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di quelle delle verifiche di efficacia della formazione durante lo svolgimento della prestazione lavorativa***".

Le verifiche di efficacia durante lo svolgimento della prestazione lavorativa sembrano coincidere esattamente con l'obbligo di

vigilanza del preposto (ma anche di intervento, interrompendo il lavoro pericoloso) di cui all'articolo 19.

- fine della seconda e ultima parte ?

Rolando Dubini, penalista Foro di Milano, cassazionista

Il link alla prima parte del contributo dell'avvocato Rolando Dubini

L'articolo completo è disponibile per gli abbonati in area riservata:

Avv. Rolando Dubini - Individuazione (nomina, incarico, comunicazione dei compiti ecc.) del preposto o dei preposti ? versione integrale.

***Scarica la normativa di riferimento*:**

Testo del decreto-legge 21 ottobre 2021, n. 146 (Gazzetta Ufficiale 21 ottobre 2021, n. 252), coordinato con la legge di conversione 17 dicembre 2021, n. 215 recante "Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili".

Licenza Creative Commons
