

FORMAZIONE PERMANENTE
ALBO NAZIONALE DEI SEGRETARI COMUNALI E PROVINCIALI
(Annibale D'Oro)

Responsabilità dei datori di lavoro e sistemi di gestione

16 novembre 2021

(giornata formativa in modalità webinar)

1. Responsabilità dei datori di lavoro

Dalle normative a carattere prettamente tecnico, settoriali e per molti aspetti disorganiche degli anni cinquanta dello scorso secolo, si è passati al sistema di prevenzione organizzata, generale, valutata, permanente del D.lgs. n. 626 del 1994, che prevede figure specificatamente preposte alla sicurezza. Sono poi intervenute le disposizioni della legge n. 123 del 2007 e del D.lgs. n. 81 del 2008, con il riferimento a un modello organizzativo- procedurale e previsione di un controllo diretto alla verifica delle criticità e all'aggiornamento del sistema. Resta tuttora vigente il regime di prova dell'art. 2087 del codice civile e la responsabilità del datore di lavoro è stata resa ancora più ampia dall'estensione della responsabilità amministrativa prevista dal D.lgs. n. 231 del 2001. L'uso di un idoneo modello di organizzazione e di gestione della sicurezza acquista valore e efficacia esimente di tale responsabilità. Il riferimento normativo è al BSI OHSAS e alle linee guida UNI-INAIL. Ma chi certifica l'idoneità del modello? Gli organismi bilaterali e le Università, come vorrebbe il recentissimo schema governativo di decreto recante modifiche al testo unico, oppure, considerato che la sicurezza del lavoro è ormai parte essenziale della politica generale d'impresa,

tale certificazione può essere affidata all'organismo interno, cui è affidato il controllo di gestione dell'ente, senza ulteriori aggravii burocratici e spese per il datore di lavoro?

Si ritiene dai più che l'uso dei sistemi di gestione, in materia di tutela della sicurezza e della salute del lavoratore sui luoghi di lavoro, sia reso necessario dalla complessità delle realtà aziendali (scadenze, responsabilità, comunicazione interna), ovvero dai riferimenti normativi, interni e comunitari, oggi sempre più diffusi.

In realtà, il fondamento giuridico è ben più profondo e va ricercato nella stessa Carta costituzionale. Infatti, in materia di tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro, l'interprete giudiziario, nel giudicare circa un infortunio sul lavoro, deve tener conto di due valori di particolare rilevanza, che potrebbero entrare in conflitto e necessitare di un bilanciamento. Da un lato, ci sono i valori espressi dall'art. 32 (tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività), dall'art. 35 (tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni) e dall'art. 41 della Costituzione (secondo il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana), che indirizzano l'interprete verso la massima tutela del lavoratore e la riduzione al minimo dei rischi lavorativi. Dall'altro, un'attenta considerazione deve essere fatta, da parte dell'interprete, alla luce dei principi, altrettanto importanti, ricavabili dagli artt. 25 e 70 della stessa Costituzione, che fissano la riserva di legge in materia penale e la tassatività e determinatezza della fattispecie penale) e impongono l'esigenza di garantire un'altra sicurezza, quella di qualsiasi cittadino (e quindi anche del datore di lavoro) nei confronti del potere punitivo statale, per cui *nullum crimen, nulla poena sussiste sine praevia lege poenali*.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 312 del 1996, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 41 del D.lgs. n. 277 del 1991, in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro. Tale disposizione impone al datore di lavoro l'obbligo di ridurre al minimo i rischi derivanti da esposizione al rumore mediante misure non solo tecniche, ma anche organizzative e procedurali.

Nell'occasione, tuttavia la Corte ha rilevato che il riferimento alle misure organizzative e procedurali allarga notevolmente l'ambito dei comportamenti rilevanti del datore di lavoro e li investe con una norma penale di scopo, che fa riferimento non solo ai provvedimenti suggeriti dalla tecnica (definibili con sufficiente certezza), ma anche a misure di carattere gestionale, che attengono ai flussi lavorativi, alle posizioni di responsabilità, ai controlli e quindi ad una sfera più ampia e variabile dell'attività d'impresa.

In particolare, nella sentenza, la Corte afferma che “la tecnica legislativa, caratterizzata da una serie di prescrizioni puntuali e dettagliate, nelle quali i comportamenti che il datore di lavoro deve osservare ai diversi livelli di rumore sono minuziosamente descritti, è contraddetta e sopravanzata, nell'art. 41, comma 1, da una tecnica esattamente opposta: quella della previsione generale e di principio, anch'essa penalmente sanzionata nell'art. 50, caratterizzata più dalla predeterminazione dei fini che il datore di lavoro deve raggiungere, che dalla individuazione dei comportamenti che egli è tenuto ad osservare, e suscettibile pertanto di ampliare la discrezionalità dell'interprete”. E, infatti, al comma 1 del citato art. 41, è prescritto che “il datore di lavoro riduce al minimo, in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, i rischi derivanti dall'esposizione al rumore, mediante misure tecniche, organizzative e procedurali concretamente attuabili, privilegiando gli interventi alla fonte”.

Secondo la Corte, la disposizione esaminata, affermando un generale dovere di protezione a carico del datore di lavoro, trova il suo fondamento nell'art. 41 della Costituzione secondo il quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. E tale articolo, infatti, giustifica “una valutazione negativa, da parte del legislatore, dei comportamenti dell'imprenditore che, per imprudenza, negligenza o imperizia, non si adopera, anche al di là degli obblighi specificamente sanzionati, per ridurre l'esposizione al rischio dei propri dipendenti”.

Tuttavia, osserva la Corte, se è vero che l'art. 41, comma 1, del decreto non si pone in contrasto con il principio costituzionale di necessaria determinatezza delle previsioni della legge penale, allorché fa riferimento a nozioni tecniche che hanno la loro fonte in altri settori dello scibile - e, in tal senso, viene fatto rinvio a una precedente sentenza della Corte, la n. 475 del 1988 - restando, in questi casi, la fattispecie penale sufficientemente determinata, lo stesso non potrebbe egualmente essere affermato laddove parla di misure organizzative e procedurali concretamente attuabili, che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche differentemente praticate e ad accorgimenti non generalmente acquisiti.

In questa concomitanza di previsioni (tecniche e gestionali), la Corte, per ridurre la discrezionalità dell'interprete rispetto a norme che impongono la realizzazione di risultati (minimizzazione del rischio di esposizione al rumore o, se si preferisce, massimizzazione della sicurezza), ritiene che penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standards* di sicurezza propri, in concreto e al momento, applicabili alle diverse attività produttive. Ed “è in questa direzione che dovrà, di volta in volta, essere indirizzato l'accertamento del giudice: ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa

nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli *standards* di produzione industriale, o specificamente prescritta”.

La necessità di non lasciare del tutto indefinito il modello organizzativo della sicurezza sui luoghi di lavoro è così strettamente collegata all’osservanza del principio di determinatezza della fattispecie penale; la tutela della sicurezza e della salute del lavoratore, in altri termini, non può prescindere dalla tutela del datore di lavoro, che deve esser previamente messo a conoscenza, in modo chiaro e definito, delle ipotesi di reato.

Certamente, afferma la Corte, l’art. 41 della Costituzione e il pregnante dovere, che da esso è desumibile, di protezione dei lavoratori, “potrebbe pretendere dall’imprenditore assai di più e giustificare una raffigurazione legislativa che assegni all’impresa il compito di realizzare innovazioni finalizzate alla sicurezza ... ma la scelta di sanzionare penalmente, con una norma generale e onnicomprensiva, tutte le fattispecie in cui l’imprenditore si sottragga a questo ruolo, ha di necessità il suo contrappeso costituzionale, che è dato dall’esigenza di restringere, in una interpretazione costituzionalmente vincolata, le potenzialità della disposizione, per non vanificare il canone della determinatezza della fattispecie penale”.

Pertanto, di fronte a una norma penale di scopo, che abbraccia anche l’organizzazione generale dell’impresa, la Corte si pone il problema di restringere la discrezionalità dell’interprete (giudice penale e, di fatto, spesso il suo perito), in modo da soddisfare contemporaneamente il diritto del lavoratore (alla minimizzazione del rischio) e quello del datore di lavoro (alla determinatezza della fattispecie penale).

A quanto sopra ricordato, va aggiunto che l’art. 2087 codice civile ha, come è noto, un contenuto assai ampio e, secondo la comune opinione, continua a svolgere la funzione di norma di “chiusura” in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. Infatti, tale disposizione stabilisce che il datore di lavoro, nell’esercizio di impresa, deve adottare ogni misura idonea a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza professionale e l’evoluzione tecnologica.

Da tale asserzione consegue che l’idoneità delle misure prevenzionali adottate è messa sempre in dubbio: la prova non spetta, come previsto in via generale, a chi ha subito il danno, cioè al lavoratore infortunato; spetta al datore di lavoro, la cui colpa è quindi presunta e su lui incombe l’onere di dimostrare che tutto ha fatto per impedire l’evento lesivo e che il comportamento del lavoratore è stato del tutto imprevedibile, abnorme, o esorbitante rispetto alle mansioni conferite.

2. Il sistema organizzativo nella disciplina degli anni novanta del secolo scorso

L'intervento della disciplina del D.lgs. n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni ha prodotto un cambiamento radicale in tema di sicurezza, esaltando ancor più il momento procedurale e organizzativo rispetto alla mera definizione tecnica delle misure prevenzionali. Sono state individuate figure specifiche deputate alla sicurezza sui luoghi di lavoro, si è imposto in tutte le attività, pubbliche e private, un'analisi e una valutazione dei rischi, sono state prescritte sedi e materie di confronto con i lavoratori, la cui tutela è divenuta attiva, partecipe, non solo in relazione al rischio specifico delle mansioni rivestite, ma anche in relazione al rischio generale d'impresa. Il mutamento è stato indubbiamente "epocale", in quanto ha anticipato l'attenzione sulla sicurezza ad un momento precedente lo svolgimento di qualsiasi attività e, nel caso dei cantieri, al momento della progettazione, se non allo studio di fattibilità dell'opera come voleva la direttiva comunitaria.

Il nuovo assetto normativo ha sicuramente portato una nuova ottica per la tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro. Tuttavia il passaggio dalla disciplina settoriale e per molti aspetti disorganica degli anni cinquanta dello scorso secolo, ad un meccanismo procedurale – organizzativo per la gestione permanente del rischio non ha prodotto risultati pienamente soddisfacenti, se solo si fa riferimento al numero degli infortuni sul lavoro, che tutt'oggi è tragicamente elevato.

Manca ancora una cultura adeguata che deve partire da una formazione degli stessi datori di lavoro; manca, anche a tutela di questi ultimi, la configurazione di un modello gestionale certificato, con previsione di un controllo interno, di un monitoraggio del sistema, con continue verifiche delle criticità e proposte di aggiornamenti, ove necessari.

Invero, la più recente legislazione ha, da un lato, potenziato i controlli esterni e le attività ispettive, fissando delle puntuali e "pragmatiche" linee di intervento, come disposto recentemente nella circolare n. 27 del 25 febbraio 2009 della Direzione generale dell' INPS (Istituto nazionale di previdenza sociale) e, dall'altro, ha conferito una particolare rilevanza ai modelli di gestione della sicurezza, con valorizzazione dei controlli interni.

A tale ultimo riguardo, si fa riferimento, innanzitutto, all' art. 9 della legge n. 123 del 2007 e all'art. 30 del D.lgs. n. 81 del 2008, che dispongono che l'adozione di un idoneo modello di organizzazione e di gestione possa avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa

delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al D.lgs. n. 231 del 2001.

Si ricorda che, con riferimento alla sicurezza sui luoghi di lavoro, l'art. 25 *septies* del D.lgs. n. 231 del 2001 (aggiunto dall'art. 9 della legge n. 123 del 2007 e modificato dall'art. 300 del D.lgs. n. 81 del 2008) ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità "amministrativa" degli enti relativamente alla commissione di alcuni reati specificamente indicati dal legislatore e ha consentito quindi di colpire (con sanzioni pecuniarie, l'interdizione dall'attività, il commissariamento, il divieto a contrarre con la pubblica amministrazione) direttamente l'Ente, il quale, in caso di giudizio penale, ha l'onere di dimostrare di avere "adottato ed efficacemente attuato" un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa fattispecie di quello verificatosi.

In particolare, affinché operi l'esimente della responsabilità, occorre che tale modello sia tale da assicurare, in concreto, il pieno adempimento dei seguenti obblighi giuridici:

1. rispetto degli *standards* di legge per attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
2. valutazione dei rischi e adozione delle conseguenti misure di prevenzione;
3. attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
4. sorveglianza sanitaria;
5. informazione e formazione dei lavoratori;
6. vigilanza sui lavoratori per il rispetto degli obblighi di sicurezza;
7. acquisizione di documentazioni e certificazioni;
8. verifiche periodiche sull'applicazione e sull'efficacia delle procedure adottate.

Nell'art. 30 del D.lgs. n. 81 del 2008, viene, altresì, prescritto che il modello organizzativo e gestionale preveda:

- idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta esecuzione delle attività sopraindicate;

- un'articolazione di funzioni che tenga conto delle dimensioni e delle caratteristiche dell'azienda e garantisca:
 - a) le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio;
 - b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure previste nel modello;
- un organismo di vigilanza aziendale (in altri termini, un servizio di controllo interno, a latere del datore di lavoro) dotato di autonomi poteri di vigilanza e controllo, con il compito di vigilare sul funzionamento del modello e sulle esigenze di un suo aggiornamento, quando vengano accertate delle violazioni delle misure disposte, ovvero quando ricorrano modifiche organizzative o mutamenti nell'attività, in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

3. Il sistema di gestione della salute e della sicurezza del lavoro

L'art. 30 del D.lgs. n. 81 del 2008, nel definire il sistema di gestione della salute e sicurezza del lavoro (SGSL), dispone che, in attesa delle indicazioni di ulteriori modelli - che, ai sensi dell'art. 6, lett. m) dello stesso decreto, verranno definiti da parte della Commissione consultiva centrale, istituita presso il Ministero del lavoro - vanno considerati idonei e con efficacia esimente nel senso sopra delineato, i modelli di organizzazione aziendali conformi alle Linee guida UNI-INAIL del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS (Occupational health and safety management systems) 18001:2007.

Quest' ultima norma, su cui è ricalcato, con piena corrispondenza dei principi e dei criteri, il SGSL (sistema di gestione della sicurezza sul lavoro) delle Linee guida italiane, è stata ufficialmente rilasciata dall'ente di formazione inglese BSI (British Standards Institution) nell'aprile 1999 ed è stata redatta da un gruppo di lavoro costituito dai più importanti enti di certificazione, tra i quali quelli norvegese, francese, spagnolo e australiano.

Tali modelli di organizzazione e di gestione si fondano, in modo omogeneo, sulle seguenti fasi:

- analisi iniziale: riguarda gli aspetti generali dell'organizzazione dell'azienda, con conoscenza della normativa applicabile alla realtà aziendale, individuazione dei flussi operativi e delle loro fasi, identificazione dei fattori di rischio, valutazione di tali rischi e delle misure di prevenzione;
- attualizzazione dell'obiettivo della salute e sicurezza del lavoro nell'impostazione strategica generale: è l'elemento più importante del SGSL, in quanto esprime l'importanza del "valore" sicurezza nella politica dell'impresa;
- pianificazione degli obiettivi: si realizza in un programma impostato sul principio del miglioramento continuo delle condizioni di salute e sicurezza;
- realizzazione degli strumenti organizzativi e procedurali: questi sono la struttura portante del sistema e ne assicurano il funzionamento: si definiscono, in concreto, le procedure e i metodi da seguire nella gestione di tutti gli aspetti della sicurezza, con riferimento alla formazione, gestione delle emergenze, comunicazioni interne ed esterne, manutenzione degli impianti, forniture, nonché ai necessari monitoraggi e controlli da parte di funzionari interni all'azienda, ai fini di una verifica dell'attuazione della politica della sicurezza e di un riesame della pianificazione. Per ogni attività, vengono definite responsabilità, obiettivi di miglioramento e modalità di verifica della corretta esecuzione;
- controlli sulla conformità al sistema (audit): si tengono sotto monitoraggio i risultati (performance) aziendali in materia di sicurezza, si rilevano le criticità, si predispongono le azioni correttive e preventive, si analizzano i dati su infortuni, incidenti e quasi - incidenti, si verifica la conformità alle leggi.

Si è detto che, in caso di infortunio sul lavoro, sono esentate dal regime di responsabilità di cui al D.lgs. 231 del 2001, le aziende (potenzialmente tutte, e, per quelle fino a 50 lavoratori l'art. 30, co. 6, del D.lgs. n. 81 del 2008, prevede la possibilità di finanziamenti nell'ambito delle attività promozionali di cui all'art. 11) che dimostrano al giudice penale di aver adottato un modello organizzativo e gestionale conforme alle previsioni dell'art. 30 del D.lgs. n. 81 del 2008. Trattasi ovviamente di una facoltà, in quanto non è prescritto né l'obbligatorietà in via generale di un SGSL, né la necessità che il modello eventualmente adottato sia quello espressamente indicato come riferimento. Non viene neanche previsto che il SGSL adottato debba essere certificato da un ente esterno, ma certamente risultano avvantaggiate le aziende già certificate (ISO 9001/14001 e OHSAS 18001), in quanto già organizzate per la formalizzazione dei ruoli e delle responsabilità,

per la formazione del personale, per la documentazione delle attività svolte e per il controllo del rispetto delle procedure aziendali.

In tale ottica, nel Consiglio dei ministri del 27 marzo 2009 (verbale n. 42), è stato approvato uno schema di decreto legislativo, che dovrebbe apportare alcune modifiche al D.lgs. n. 81 del 2008, al fine, espresso dallo stesso Ministro proponente, di “spostare l’approccio delle regole agli obiettivi, dal profilo formale, che spesso diventa formalistico, agli obiettivi”.

Nell’ambito delle nuove disposizioni, da emanare, sempre in ottemperanza e nei limiti della delega legislativa di cui alla legge n. 123 del 2007, una volta superato il prescritto iter procedurale, trova spazio una valorizzazione degli enti bilaterali e delle università, quali strumenti di ausilio alle imprese e ai lavoratori per il pieno adempimento degli obblighi di sicurezza e l’innalzamento dei livelli di tutela. A tale riguardo, da quanto segnalato nel comunicato stampa della citata seduta del Consiglio dei ministri, è previsto che gli enti bilaterali e le università, in quanto espressione di competenze tecniche adeguate, possano certificare i modelli di organizzazione della sicurezza in azienda, al fine di incentivare la diffusione di tali strumenti procedurali - organizzativi per una migliore gestione e una più effettiva tutela della sicurezza in ogni ambiente di lavoro.

Gli organi di controllo, si sa, essendo organi di garanzia che intervengono nel merito, non godono di molta simpatia e questo in via generale in qualsiasi attività, in quanto entrano nel processo decisionale, chiedono informazioni, chiarimenti, fanno proposte formali, da cui ci si può discostare solo con adeguate motivazioni e, comunque, con notevole “perdita di tempo”.

Di qui la necessità di non introdurre nuovi controlli in materia di sicurezza, atteso che questo comporterebbe un aumento del numero delle figure preposte alla sicurezza con altre, nuove, che, tra l’altro, produrrebbero un aggravio dei costi.

E questo soprattutto se la normativa vigente prevede già un controllo di gestione, normalmente affidato ad un organo di staff al vertice aziendale, organo introdotto in un primo tempo nelle imprese e successivamente esteso al settore pubblico con il D.lgs. n. 286 del 1999, recante norme per il riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell’attività svolta dalle amministrazioni pubbliche.

4. Il controllo di gestione

Il controllo di gestione, detto anche controllo direzionale, è il sistema operativo volto a guidare la gestione verso il conseguimento degli obiettivi stabiliti in sede di pianificazione. Detto controllo ha, cioè, lo scopo non di sanzionare il comportamento del personale difforme dalle regole, ma di rilevare, attraverso la misurazione di appositi indicatori, lo scostamento tra obiettivi pianificati e risultati conseguiti e di informare gli organi responsabili per le opportune azioni correttive finalizzate al conseguimento degli obiettivi aziendali.

Tale controllo è svolto all'interno dell'ente, attraverso strutture specifiche, a scopo collaborativo e di supporto alle funzioni dirigenziali e presuppone il coordinamento di tutti i soggetti controllanti (es. collegi sindacali, servizio di controllo interno, società di revisione) e delle diverse fasi procedurali (dalla programmazione degli obiettivi strategici da parte dell'organo di vertice fino al riscontro e valutazione dei risultati raggiunti). L'azione di verifica – che si conclude con segnalazioni e proposte di misure correttive– non interferisce sulla gestione, ma è diretta a un riscontro del raggiungimento degli obiettivi e dell'utilizzo delle risorse.

In altre parole, il controllo di gestione, verificando l'efficacia, l'efficienza e l'economicità della gestione organizzativa, mira all'ottimizzazione delle risorse materiali e umane e si ispira alla logica del risultato. Verificando il grado di realizzazione degli obiettivi prefissati, funge da supporto alla funzione datoriale, monitorando costantemente l'attività esercitata, allo scopo di verificare eventuali criticità e porvi rimedio.

I parametri da utilizzare ai fini del controllo sono:

- efficacia (grado di realizzazione dei programmi strategici);
- efficienza (rapporto tra risultati conseguiti e risorse impiegate);
- economicità (congruità del rapporto tra costi e risultati).

Il controllo interno di gestione, così come sopra delineato, ben potrebbe essere esteso alla tutela della sicurezza e salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro. E, se così fosse, non solo verrebbe soddisfatta l'esigenza di una piena consapevolezza, da parte del datore di lavoro, dello stato dell'attuazione dei propri obblighi, ma verrebbe validato, certificato, monitorato anche il modello procedurale – organizzativo posto in essere a tale scopo nell'attività lavorativa (pubblica o privata che sia).

E, in un'ultima analisi, verrebbe posta in essere una garanzia per il datore di lavoro, in ossequio al principio di riserva di legge, tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Quel che chiedeva la Corte costituzionale oltre dieci anni fa, quell' argine alla discrezionalità dell'interprete giudiziario potrebbe finalmente trovare attuazione.