

DIRITTO & PRATICA DEL **LAVORO**

2015

15

DIS-COLL

Nuova indennità di disoccupazione
per i collaboratori

LA CLAUSOLA SOCIALE

Subentro di nuovo appaltatore
e garanzie per i lavoratori occupati

EFFETTI SUL SISTEMA PREVIDENZIALE

Tfr in busta paga: costi e benefici

POSIZIONI DI GARANZIA

Soci e sicurezza sul lavoro:
le società di persone

PERCORSI
DI APRILE

PRIVACY DIGITALE

Marco Soffientini

Internet e società digitale

Il futuro della privacy

Internet e informative

Informative privacy nei siti web

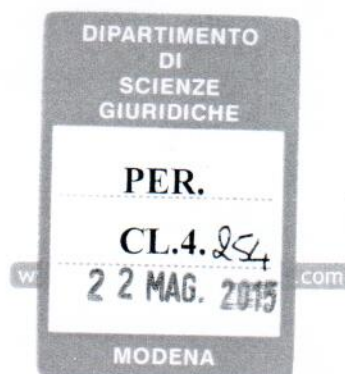
IN QUESTO NUMERO

Policy

Nuova disciplina sull'utilizzo
dei cookie

Misure di sicurezza

Hacking e sicurezza informatica



Percorsi

Privacy digitale

Nuova disciplina sull'utilizzo dei cookie <i>Marco Soffientini</i>	925
---	-----

Jobs Act

Nuova indennità di disoccupazione per i collaboratori <i>Pierluigi Rausei</i>	931
--	-----

Approfondimenti

Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati <i>Angela Adinolfi e Giuliano Esposito</i>	937
Trasferimento del ramo d'impresa <i>Roberta Cosio</i>	945
Soci e sicurezza sul lavoro: le società di persone <i>Luca Lodi</i>	952
Difficile dialogo sulla questione delle pensioni svizzere <i>Andrea Costa</i>	961

Fondi pensione

Tfr in busta paga: costi e benefici <i>Giuseppe Rocco</i>	967
--	-----

Giurisprudenza

Rassegna della Cassazione penale (a cura di Raffaele Guariniello)

• I rapporti tra datore di lavoro e Rspg <i>Cass. sez. quarta pen. n. 5983 del 10 febbraio 2015</i>	972
Datore di lavoro di fatto e datore di lavoro di diritto <i>Cass. sez. quarta pen. n. 6723 del 16 febbraio 2015</i>	974
Responsabilità amministrativa e infortunio con lesioni lievi <i>Cass. sez. quarta pen. n. 8531 del 25 febbraio 2015</i>	975

Nei numeri di aprile

Privacy digitale *di Marco Soffientini*

n. 13 4 aprile 2015	Internet e società digitale Il futuro della privacy
n. 14 11 aprile 2015	Internet e informative Informative privacy nei siti web
n. 15 18 aprile 2015	Policy Nuova disciplina sull'utilizzo dei cookie
n. 16 25 aprile 2015	Misure di sicurezza Hacking e sicurezza informatica

Posizioni di garanzia

Soci e sicurezza sul lavoro: le società di persone

Luca Lodi - Consulente del lavoro (*)

Il diritto penale del lavoro pone non pochi problemi di compatibilità con i principi generali del sistema sanzionatorio ed, in particolare, con il principio di personalità della responsabilità penale sancito dalla Costituzione (1). Inoltre, con riferimento alle posizioni di garanzia in materia di sicurezza il discorso si complica, soprattutto alla luce delle definizioni legali introdotte dal Testo Unico di cui al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, come modificato dal decreto correttivo n. 106/09. Infatti, nel gestire la sicurezza del lavoro nelle aziende ci si trova abitualmente di fronte ad un primo atto preliminare: risalire all'*organizzazione di lavoro* ed identificare le *posizioni di garanzia*. Ciò significa che, prima di analizzare le mansioni presenti nelle attività di lavoro ed i rischi connessi, è doveroso individuare il soggetto «datore di lavoro», *garante a titolo originario* della prevenzione e sicurezza sul lavoro, nonché i «lavoratori» tutelati dalla normativa antinfortunistica. Sovente si ritiene che il datore di lavoro coincida (quasi in via esclusiva) con il legale rappresentante dell'organizzazione, senza rilevare che la posizione di garanzia, in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale consolidato (2), potrebbe essere ricondotta a più soggetti in rispondenza alla definizione espressa all'art. 2, comma 1, lett. b) del T.U.: è datore di lavoro «*il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*».

È su questa linea che si tenterà di approfondire l'obbligo di sicurezza sotto il profilo soggettivo, confrontando adempimenti e responsabilità con l'orientamento giurisprudenziale che, nel tempo, ha realizzato come l'attore principale della sicurezza nel luogo di lavoro possa non consistere sempre od esclusivamente con il legale rappresentante dell'impresa, ricercando l'elemento costitutivo del dovere di prevenzione nella capacità (cioè nel potere) di intervenire per eliminare o ridurre il rischio.

Art. 2087 cod. civ. e genesi costituzionale

La posizione di garanzia del datore di lavoro trae origine anzitutto dall'articolo 2087 del codice civile, che la giurisprudenza ha definito «*norma di chiusura del sistema antinfortunistico*», nel senso che, anche in assenza di una norma specifica, l'articolo in parola prescrive l'obbligo giuridico per il datore di lavoro di adottare tutte le misure idonee a tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore (concetto di *massima sicurezza tecnologicamente possibile*, via via ridimensionato nel rito penale con la *massima sicurezza concretamente attuabile*, fatta salva nel rito civile la maggiore risarcibilità del danno differenziale a carico del datore di lavoro che non dimostri di aver fatto tutto il possibile per evitare detto danno, infortunistico o da malattia professionale). L'art. 2087 c.c. viene a supportare la legislazione tecnica sugli infortuni e l'igiene del lavoro ed è richiamato ai fini dell'individuazione e valutazione delle responsabilità del datore di lavoro in sede penale (3); in particolare, un'autorevole

(*) La presente pubblicazione, avente scopo meramente informativo e quale frutto del pensiero dell'Autore, non può comportare responsabilità in capo al medesimo Autore o all'Editore della rivista.

(1) Osservazione di A. D'Avirro - P. Lucibello, *I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa*, Milano, 2010, p. 8.

(2) Diverse sono le sentenze in materia e a titolo esemplificativo citiamo, perché sufficientemente recente, il giudizio di

Cassazione n. 21628 del 20 maggio 2013, sezione IV penale, nella parte in cui espone: «È pur vero che, secondo orientamento di questa Corte, nel caso di imprese gestite da società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro, gravano indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione». Sul tema della posizione di garanzia datoriale nelle società di capitali, peraltro, si ritornerà con un approfondimento nei prossimi numeri di questa Rivista.

interpretazione ha messo in evidenza il carattere «bifrontale» dell'art. 2087 c.c., configurandosi il diritto alla salute sul lavoro come diritto della personalità ed al contempo come diritto di matrice contrattuale (4).

L'obbligo del datore di lavoro di assicurare condizioni di lavoro che non siano lesive della salute del lavoratore deriva in primo luogo da precise indicazioni di rango costituzionale, rinvenibili negli artt. 32, 35, 38, 41 Cost. (5). Particolarmente importante l'art. 32 Cost. secondo cui «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti», norma programmatica da leggersi in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, Cost. che garantisce la libertà di iniziativa economica privata purché non «in contrasto con l'utilità sociale» o tale da «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Dai principi costituzionali la giurisprudenza ha tratto la regola secondo la quale la tutela del diritto alla salute (6) del lavoratore, oltre che diritto all'incolumità fisica del singolo individuo, si configura come diritto ad un **ambiente salubre** (7).

Salute e sicurezza sul lavoro necessitano, così, di un **dovere di prevenzione** a carico del datore di lavoro introdotto dall'articolo 2087 del codice civile, norma dal contenuto atipico (8) in quanto espressione, come preannunciato, della c.d. «**massima sicurezza tecnologicamente possibi-**

le», che, tuttavia, non può intendersi quale dovere di adottare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno (con l'evidenza di essere non già norma dispositiva di prevenzione assoluta in azienda, bensì norma dagli effetti risarcitori in sede giudiziaria). Sul significato della cosiddetta «massima sicurezza tecnologicamente possibile» si ricordi che si è pronunciata la Corte costituzionale con sentenza n. 321 del 25 luglio 1996 (9), la quale ha rilevato che il datore di lavoro deve adottare - con riferimento ai diversi settori e alle differenti lavorazioni - «le misure che corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti. Penalmente censurata è soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standard* di settore propri, in concreto ed al momento, delle diverse attività produttive». Di conseguenza, «ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenza nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli *standard* di produzione industriale, o specificamente prescritta» (10).

Qualora, infatti, si intendesse sussistente la responsabilità del datore di lavoro al verificarsi di qualsivoglia danno, ciò comporterebbe l'impossibilità di ricondurre il comportamento datoriale al requisito della **colpa** (11). Secondo la giurisprudenza (12),

(3) Cfr. M. Lai, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 7 ss., il quale aggiunge che «la dottrina giuslavoristica ha espresso orientamenti divergenti principalmente riconducibili da un lato alle tesi c.d. "contrattualistiche", dall'altro a quelle extracontrattuali, anche se non sono mancati orientamenti volti a contemplare i profili pubblicistici e privatistici desumibili dalla norma in esame».

(4) Cfr. C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, III ed., Milano, 1974, p. 78 ss., a cui rinvia per un confronto e approfondimento lo stesso M. Lai, cit.

(5) L. Galantino, *Diritto del lavoro*, Torino, XVI ed., 2009, p. 373.

(6) Il diritto alla salute psicofisica dell'individuo trova il suo fondamento normativo nella Costituzione (artt. 2, 3, 32 Cost.), per cui la dizione di «salute» è intesa secondo un'accezione ampia che svincola da un criterio di determinazione puramente medico-legale, e va a coincidere con il «valore» della persona nel suo complesso. Secondo il nostro ordinamento giuridico, la persona viene considerata e tutelata nel suo modo di esistere, di essere e, quindi, in tutte le attività nelle quali si determina la propria personalità. Così si esprime Rinaldi, *L'evoluzione normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro*, in Cendon (a cura di), *Lavoro* (collana «Il diritto privato nella giurisprudenza»), Milano, 2009, III, p. 26.

(7) V., tra le tante, Cass., S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172 e Cass. pen., 26 settembre 1996, n. 8699.

(8) Cfr. Garzia-Palazzi, *Osservatorio sulla giurisprudenza di legittimità in materia di art. 2087 codice civile*, in Persiani (ordi-

nati da), *Quaderni ADL*, n. 5 «*Problemi della sicurezza nei luoghi di lavoro*», Padova, 2003, p. 101; l'Autore, alla pagina successiva, precisa che «essendo l'obbligo di sicurezza preveduto dall'art. 2087 c.c. di carattere generale e di contenuto atipico, rilievo centrale assumono i criteri per valutare il rispetto o meno delle misure generiche di prudenza, diligenza e dell'osservanza delle norme tecniche di esperienza».

(9) In *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 503.

(10) Cfr. Galantino, *Il testo unico novellato in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro: note introduttive*, in Id. (a cura di), *Il testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il d.lg. n. 81/2008 e il d.lg. n. 106/2009*, Milano, 2009, p. 15.

(11) Ancora Garzia-Palazzi, in tema di natura della responsabilità, *ibidem*. Peraltro, si sottolinea l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «non esiste attività economico produttiva che sia esente da rischi anche minimi nel suo svolgimento (anche le attività meramente intellettuali presentano sia pur modesti margini di rischio)» e nel campo della sicurezza del lavoro «può escludersi l'esistenza del rapporto di causalità nei casi in cui sia stata provata l'abnormità del comportamento del lavoratore infortunato e sia provato che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento» (*ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2009, n. 14440).

(12) Cass., sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3785. Nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto che le lesioni subite da un portalettere scivolato su una lastra di ghiaccio non fossero riferibili a colpa della società per cui lavorava, atteso che nessuna norma, legale o contrat-

«in tema di responsabilità del datore di lavoro per mancato rispetto dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 cod. civ. è necessario che l'evento dannoso sia riferibile a sua colpa, non potendo essere ascritto al datore medesimo a titolo di responsabilità oggettiva».

È infatti orientamento consolidato che la responsabilità del datore di lavoro imposta dall'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva (13), «restando a carico del lavoratore l'onere della prova dell'esistenza del danno sofferto, la *nocività dell'ambiente di lavoro* ed il *nesso causale* fra questi due elementi, gravando invece sul datore di lavoro, una volta che il lavoratore abbia provato le suddette circostanze, l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e, tra queste, di aver vigilato circa l'effettivo uso degli strumenti di cautela forniti al dipendente, non potendo il datore medesimo essere totalmente esonerato da responsabilità in forza dell'eventuale concorso di colpa del lavoratore, se non

recepita con D.P.R. n. 212/1981, e le dir. Cee nn. 80/1107, 82/605, 83/477, 86/188, 88/642, recepite con D.Lgs. n. 277/1991, in materia di rischi da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro), e per avere addebitato al datore di lavoro la mancata adozione di «mezzi innominati» di prevenzione, non specificamente individuati.

(13) L'orientamento giurisprudenziale è unanime nell'escludere la configurabilità di responsabilità oggettiva all'art. 2087 c.c., tant'è che - per citarne una tra molte - secondo Cass., 29 marzo 1995, n. 3740, in *Lav. giur.*, 1995, p. 865, «l'art. 2087 c.c. non configura un caso di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale ovvero suggeriti dalle conoscenze sperimentali e tecniche del momento (che il giudice deve individuare nel dichiarare la responsabilità del datore di lavoro). In particolare, quando sussistono precise normative, anche se legalmente non cogenti, come quelle di cui alle direttive Cee prima della loro recezione nell'ordinamento interno, il rispetto dei limiti e obblighi da esse posti esonera da responsabilità il datore di lavoro, non tenuto ad osservare cautele che vadano oltre quei limiti e quegli obblighi, salva analitica diversa individuazione da parte del giudice (anche a mezzo di consulenza tecnica) o del lavoratore, sul quale incombe un onere in tal senso». Nella fattispecie la S.C. ha annullato la sentenza con cui il giudice di merito aveva ravvisato la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. per l'ipoacusia che si sarebbe determinata nel prestatore di lavoro in conseguenza dell'assegnazione ad una lavorazione rumorosa per molti anni, censurando la sentenza impugnata per non avere dato rilievo, in relazione ai livelli di rumorosità cui era esposto il lavoratore, al rispetto dei criteri dettati dalla disciplina comunitaria (dir. Cee n. 77/311 inerente il livello sonoro all'orecchio del conducente di trattori agricoli,

quando la condotta di quest'ultimo, in quanto del tutto imprevedibile rispetto al procedimento lavorativo "tipico" ed alle direttive ricevute, rappresenti essa stessa la causa esclusiva dell'evento» (14). Ad altri fini, la giurisprudenza si è soffermata sulla natura contrattuale dell'obbligo ex art. 2087 cod. civ.; la Corte costituzionale nelle decisioni nn. 50 e 384 del 2005 ha affermato che rientra nella disciplina del contratto e dunque dell'ordinamento civile la qualificazione, a fini civili, della condotta datoriale di inosservanza delle norme di prevenzione con le conseguenti azioni spettanti al lavoratore, comprese quelle risarcitorie, ma non necessariamente l'individuazione di tutte le misure di prevenzione (15). La Corte Suprema di Cassazione si trova, dunque, a sottolineare il carattere contrattuale dell'art. 2087 c.c., «atteso che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel *sinallagma contrattuale*» (16) (17). Peraltro, la norma in commento reca un principio di "*autore-*

recepita con D.P.R. n. 212/1981, e le dir. Cee nn. 80/1107, 82/605, 83/477, 86/188, 88/642, recepite con D.Lgs. n. 277/1991, in materia di rischi da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro), e per avere addebitato al datore di lavoro la mancata adozione di «mezzi innominati» di prevenzione, non specificamente individuati.

(14) Cass., sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3786, ove la Suprema Corte, nella specie, ha confermato la sentenza impugnata che - con riferimento all'infortunio occorso ad un portatore caduto dal ciclomotore a causa del peso esorbitante della corrispondenza e della sua cattiva distribuzione sul veicolo - aveva affermato la responsabilità della società datrice di lavoro sul presupposto che i dirigenti del servizio avessero omesso di controllare che i portatore si avvalsero effettivamente dell'ausilio fornito dei motofurgoni aziendali per il trasporto dei plichi più pesanti - il c.d. "viaggetto" - ed avessero lasciato che l'utilizzo di detto supporto fosse rimesso interamente alla scelta individuale del singolo dipendente.

(15) Così Galantino, *Diritto del lavoro*, cit., p. 374.

(16) Vedi Cass., sez. lav., 13 agosto 2008, n. 21590, nella parte in cui si riferisce al «sinallagma contrattuale»; la S.C. prosegue aggiungendo che «il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno da infortuni sul lavoro si pone negli stessi termini dell'art. 1218 cod. civ. circa l'inadempimento delle obbligazioni, da ciò discendendo che il lavoratore il quale agisca per il riconoscimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, l'esistenza del danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare la dipendenza del danno da causa a lui non imputabile e, cioè, di aver adempiuto interamente all'obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno».

(17) In questo senso, cfr. Margiotta, in Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: il lavoro privato e pubblico*, Milano, V ed., 2009, p. 1481, il quale chiarisce che «non tutte le obbligazioni contrattuali sono anche sinallagmatiche: lo sono invero solo quelle che hanno ad

sponsabilità» dell'imprenditore, il quale, indipendentemente da specifiche disposizioni di legge, è tenuto a porre in essere tutti gli accorgimenti e le misure necessarie ad evitare il verificarsi di lesioni della salute e dell'integrità fisica del lavoratore (18).

La Corte di cassazione, sez. lavoro, con sentenza n. 5221 del 7 marzo 2007, ha precisato che «la responsabilità *ex art. 2087 cod. civ.* è configurabile quando la lesione del bene tutelato derivi dalla violazione dell'obbligo che incombe al datore di lavoro di adottare idonee misure a tutela della salute del lavoratore subordinato e della sua personalità morale, e di controllare e vigilare che esse siano osservate da parte dei lavoratori, trattandosi, pur sempre, di misure antinfortunistiche, richieste dalle oggettive caratteristiche dell'attività di lavoro e dalle condizioni dei singoli lavoratori, non riscontrabili ove la violazione dedotta attenga a doveri di contenuto diverso e niente affatto riferibili alla tutela delle condizioni fisiche e della personalità morale dei dipendenti» (19). Ed ancora, con riferimento all'integrità psico-fisica del lavoratore, al danno biologico e all'*onus probandi*, interessante e non certo isolata la pronuncia della Cassazione, sez. lavoro, 7 marzo 2006, n. 4840: «L'obbligo che grava sul datore di lavoro di porre in essere tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro tenendo conto della particolarità del lavoro, dell'esperienza e della tecnica *ex art. 2087 c.c.*, rende responsabile il datore di lavoro degli eventuali danni all'integrità psico-fisica del lavoratore, ovvero del cosiddetto danno

biologico, anche qualora egli avesse rispettato tutte le cautele prevenzionali. Anche quando il nostro ordinamento faccia difetto su una specifica misura preventiva, l'imprenditore deve adottare ogni tipo di misure utili a tutelare il diritto soggettivo dei lavoratori ad operare in un ambiente esente da rischi, utilizzando le migliori conoscenze della tecnica e dell'esperienza. Per ottenere il risarcimento al prestatore di lavoro è sufficiente provare il danno subito ed il nesso di causalità, incombando invece sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 1218 c.c. l'onere di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno». Secondo autorevoli studiosi (20), l'art. 2087 c.c. va inquadrato nell'ambito di un sistema costituzionale che colloca la persona umana «al centro dell'ordinato sistema di garanzie (...) con particolare attenzione nel momento in cui presta l'attività lavorativa (artt. 1 e 35 Cost.), intesa come esercizio di un fondamentale diritto, anche ai fini della elevazione sociale ed economica», risultando «inconcepibile che il lavoro possa trasformarsi in occasione o causa di morte o di malattia, non solo nell'interesse dei singoli, ma anche nell'interesse dell'intera collettività, alla conservazione di un patrimonio materiale e morale essenziale per la vita stessa e il progresso del paese» (21). Ed è a partire dagli anni sessanta che si inizia a diffondere l'orientamento secondo il quale dall'art. 2087 c.c. sorgono posizioni giuridiche soggettive private tra datore di lavoro e lavoratore in ordine all'adozione delle misure di sicurezza (22).

Infine, come già si preannunciava all'inizio di questo approfondimento, vale la pena ricordare

oggetto prestazioni le quali, essendo corrispettive e interdipendenti tra loro, concorrono a formare l'equilibrio contrattuale (Cass. 8 settembre 1994, n. 7701) onde l'adempimento o l'inadempimento dell'una giustifica l'adempimento o l'inadempimento dell'altra».

(18) Si veda Cass., sez. lav., 6 settembre 1988, n. 5048, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 648, proprio con riferimento agli "accorgimenti" e alle misure per evitare il danno alla persona del lavoratore, fermo restando, in tema di «massima sicurezza tecnologicamente possibile» e dunque alle "misure tecniche", quanto poi affermato dal giudice delle leggi (Corte cost. 25 luglio 1996, n. 312, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 503) citato alla nota 5.

(19) Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della corte territoriale che aveva escluso la responsabilità datoriale, *ex art. 2087 cod. civ.*, per asserita violazione dell'obbligo di mantenere comportamenti atti a tutelare la dignità e la personalità morale della lavoratrice, affetta da astenia a causa della condotta omissiva datoriale per non aver dato seguito, e neppure risposto, alla domanda di trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time*.

(20) Il riferimento è a Santoro Passarelli (a cura di), *La nuo-*

va sicurezza in azienda. Commentario al titolo I del d.lgs. n. 81/2008, Milano, 2008, p. 2; l'Autore richiama, mediante citazione, Smuraglia, *Quadro normativo ed esperienze attuative in tema di sicurezza ed igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento e di interventi urgenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, supplemento al n. 2, p. 5.

(21) In quest'ottica si sottintende il richiamo dell'art. 32 Cost. garantendo la salute come *diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività*; cfr. (come lo stesso Santoro Passarelli cita in nota) Montuschi, *Verso il testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in AA.VV., *Il testo unico della sicurezza del lavoro*, a cura di Pascucci, atti del convegno di Urbino, 4 maggio 2007, Roma, 2007, p. 27.

(22) Cfr. Margiotta, *op. cit.*, p. 1480; più avanti l'Autore aggiunge anche non essere in discussione il fatto che «l'art. 2087 c.c. sia applicabile non solo agli imprenditori commerciali e ai piccoli imprenditori di cui agli artt. 2082 e 2083 c.c. ma a tutti i datori di lavoro, anche se non imprenditori» richiamando, per conforme dottrina, Pera, *Osservazioni sul c.d. obbligo di sicurezza del datore di lavoro*, in *Probl. sic. soc.*, 1970, II, p. 861, e Smuraglia, *La sicurezza e la sua tutela penale*, Milano, 1974, p. 43.

che l'articolo 2087 del codice civile è «norma di chiusura» del sistema antinfortunistico, estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente previste dal legislatore e, soprattutto, è norma «aperta» (23) che - almeno prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 626/94 - ha spesso supplito alle lacune di una normativa antinfortunistica non in grado di prevedere qualsiasi fattore di rischio (24).

Campo soggettivo nel D.Lgs. n. 81/2008: nozione di «datore di lavoro» e schemi societari

Con l'entrata in vigore del Testo Unico, molta attenzione è stata riservata alla definizione di lavoratore, decisamente ampia, con l'obiettivo di ricomprendere ogni soggetto che svolge un'attività di lavoro per conto di terzi (dell'ente, società, organizzazione di lavoro in genere), indipendentemente dalla tipologia contrattuale e fatta eccezione per il lavoro autonomo (intendendo qui il contratto d'opera genuino e non, per esempio, un contratto che dissimuli un rapporto di lavoro subordinato).

Tale definizione ha evidentemente ricalcato gli orientamenti giurisprudenziali pregressi, ma nel farlo il legislatore ha inserito un novero di *equiparazioni* che - a parere di chi scrive - hanno contribuito a recare confusioni o distorsioni interpretative: va rammentato che nel diritto penale la scelta di specifiche equiparazioni a sostegno di una definizione generale può portare a pericolose esclusioni in forza del principio di tassatività della norma penale e del divieto di interpretazione per analogia, facendo tesoro del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Si pensi alla nozione di lavoratore che nelle sue equiparazioni non ha menzionato il collaboratore a progetto, coinvolto invece nel campo applicativo del Testo Unico all'art. 3, in coerenza con le disposizioni del D.Lgs. n. 276/2003 attuativo della riforma Biagi: se è vero che a tale soggetto

si applica il Testo Unico e le sue tutele ogni qualvolta la prestazione avvenga presso i locali del committente - precisazione condivisibile in virtù delle caratteristiche peculiari della collaborazione coordinata e continuativa con progetto -, è altrettanto vero che tale soggetto non è stato espressamente definito «lavoratore» nel T.U. sicurezza, con la conseguenza che in caso di violazioni contravvenzionali penalmente rilevabili con riferimento al medesimo Testo Unico, a tale soggetto non saranno direttamente applicabili (salvo estensione interpretativa, che potremmo contestare) quelle sanzioni riservate ai «lavoratori» dall'art. 59 (aumentate del 9,6% dall'art. 9 della legge n. 99/2013): arresto fino a un mese o ammenda da 219,20 e 657,60 euro per le violazioni degli artt. 20, c. 2, lett. b), c), d), e), f), g), h) e i), e 43, c. 3, primo periodo; sanzione amministrativa pecuniaria da 54,80 a 328,80 euro per la violazione dell'art. 20, c. 3.

Nella nuova definizione di lavoratore, infatti, è equiparato il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto della società e dell'ente stesso, nonché l'associato in partecipazione, il tirocinante, ed altri ma non tutte le forme di lavoro che abbiano qualche attinenza alla disciplina propria del diritto del lavoro.

Definizione legale che ha indirizzato molti operatori a considerare tutti i soci di società, siano esse società di persone o di capitali, come lavoratori e quindi ricondurli alla tutela prevenzionistica del Testo Unico senza evidentemente porsi la domanda se costoro ricoprano, nell'organizzazione di appartenenza, una posizione di garanzia in quanto soci contitolari con pieni poteri di decisione e di spesa e, quindi, datori di lavoro (responsabili in solido).

Se infatti può risultare chiara la definizione di lavoratore introdotta dal legislatore del 2008, con le sue sottese ragioni, non bisogna dimenticare che:

(23) L'art. 2087 c.c. costituisce norma c.d. "in bianco" ed il suo contenuto precettivo non è stato opportunamente specificato per consentire un continuo rinnovamento alla luce dei dati acquisiti dalla scienza: si coglie immediatamente da ciò la sua modernità, nonché il suo ruolo di principio generale dell'ordinamento (Treu, *Lav. e dir.*, 1990, p. 337); la norma ha inoltre una funzione integrativa: la responsabilità datoriale per infortunio può essere così accertata, anche quando non siano state violate specifiche norme di prevenzione, in relazione all'inosservanza del disposto dell'art. 2087 (Pontrandolfi, *Riv. giur. lav.*, 1988, III, p. 31). Tale responsabilità ha dunque carattere

generale e sussidiario, di integrazione della specifica normativa antinfortunistica. (Note di Albio, in Grandi - Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2009, p. 418).

(24) Cfr. Galantino, *Diritto del lavoro*, cit., p. 375 e Cass., sez. lav., 3 settembre 1997, n. 8422, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 79. C'è anche chi definisce l'art. 2087 c.c. come norma «perfetta e aperta ai mutamenti economico-sociali»: così Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, n. 4.

il lavoratore, per essere tale, deve svolgere una prestazione «nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro»: ciò significa che anzitutto è doveroso ricercare, individuare, l'organizzazione di lavoro e con essa i soggetti responsabili per loro qualificazione di datore di lavoro (e, se del caso, le ulteriori figure del dirigente e del preposto).

Questione annosa perché, come si diceva poc'anzi, a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico talvolta è stato argomentato che ogni socio rientri nella definizione di lavoratore, con le conseguenze di legge in termini di sorveglianza sanitaria, informazione e formazione, ecc. Sia alcuni consulenti e tecnici di igiene e sicurezza, sia alcuni medici competenti, ma anche qualche funzionario degli organi di vigilanza, sono caduti nel tranello riconducendo tutti i soci nella equiparazione ai lavoratori, eccettuato il legale rappresentante in quanto datore di lavoro «formale» (25).

Già qualche autore (26) è andato nella medesima direzione che affrontiamo in questa occasione, sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali consolidati nel previgente quadro normativo delineato dal D.Lgs. n. 626/1994. Partiamo allora dal distinguere la figura del datore di lavoro in ordine ai diversi modelli societari possibili rispetto all'**impresa individuale** (dove, agevolmente, il datore di lavoro non può che essere identificato nel legale rappresentante, salvo diversa circostanza di effettività).

Nelle **società di persone**, in particolare le **società semplici** o le **società in nome collettivo**, ai fini dell'applicazione del sistema prevenzionistico e della sicurezza, tutti i soci condividono la qualifica di datore di lavoro. Di conseguenza, i relati-

vi obblighi previsti dal D.Lgs. n. 81/2008 gravano su ciascuno di loro, fatta salva, naturalmente, la possibilità di delegare uno dei soci ad adempiere l'obbligo di sicurezza (27). In questo caso può essere opportuno verificare la situazione concreta ed inserire, in fase di elaborazione del documento di valutazione dei rischi per la salute e sicurezza, l'inquadramento soggettivo in ossequio di quanto riportato in visura camerale e, soprattutto, in relazione ai **poteri di decisione e di spesa** (28) antecedendo, di fatto, quello che presumibilmente sarà - o dovrebbe essere - l'orientamento del magistrato nell'eventuale caso di sua attenzione e competenza. Di conseguenza, *l'organo di vigilanza, in caso di violazioni alle disposizioni del Testo Unico, per esempio di fronte ad una S.n.c. procede a notificare verbale e sanzioni a tutti i soci della società, con parallela replicazione degli importi* (si pensi all'atto di «prescrizione obbligatoria» con regolarizzazione entro congruo termine e pagamento in via amministrativa nella misura ridotta al quarto del massimo dell'ammenda). Ebbene, ciò conferma la nostra tesi, assumendo tutti i soci la posizione di garanzia riservata al soggetto definito «datore di lavoro» dall'art. 2, c. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 81/2008. D'altronde non potrebbe essere altrimenti per i componenti di una società che, già nella denominazione commerciale, è «in nome collettivo» (artt. 2291 e 2292 c.c.); tale discorso è naturalmente esteso a tutte le società di persone ove i soggetti che hanno il comando dell'organizzazione di lavoro, in quanto esercitano (congiuntamente o disgiuntamente) i poteri di decisione e di spesa, sono tutti **soci contitolari** e dunque «datori di lavoro responsabili in solido».

(25) Si segnala, perché coerente col siffatto discorso, una visita ispettiva nel corso della quale è risultato opportuno procedere ad un inquadramento formale del legale rappresentante come «datore di lavoro», disgiuntamente dagli altri soci amministratori della società ispezionata, per mezzo di un atto endoaziendale, al solo fine di escludere o ridurre il carico sanzionatorio al cliente e pur sapendo che in caso di infortunio tale atto non libera i soci dalla posizione di garanzia assunta *iure proprio* per effetto del potere decisionale ed economico che costoro detengono con l'amministrazione della società.

(26) Cominciamo col citare R. Acquaroli, in G. Insolera (a cura di), *Norme penali e processuali* (comm. diretto da L. Montuschi), Bologna, 2011, p. 8 ss., con un primo interessante riferimento a Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2005, in *CED Cass.*, rv. 20595, per le società semplici, e a Cass. pen., sez. II, 14 dicembre 2007, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 435, per le società di capitali.

(27) Così R. Acquaroli, cit.

(28) Segnaliamo, tra le tante, Cass. pen., 6 febbraio 2004, seppur in vigore del D.Lgs. n. 626/94, secondo la quale «la qualifica di datore di lavoro non è intesa nel senso esclusivamente civilistico e giuslavoristico, e quindi limitata a chi è il titolare del rapporto di lavoro, ma si estende a chi ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva ed è titolare dei poteri decisionali e di spesa», con ciò affermando «la possibilità di coesistenza, all'interno della medesima impresa, di più figure aventi la qualità di datore di lavoro ai sensi del D.Lgs. n. 626/1994 perché accanto al datore di lavoro, inteso nel senso civilistico tradizionale quale titolare dei rapporti di lavoro, possono esservi coloro che hanno la responsabilità dell'impresa o di una o più unità produttive che non sono invece titolari dei rapporti di lavoro, sempre che, beninteso, siano titolari dei poteri decisionali e di spesa».

Ancora, applicando la predetta linea interpretativa e l'annesso principio di effettività affermato all'art. 299 del T.U. (29), nella **società in accomandita semplice** sarà l'accomandatario ad essere inquadrato come datore di lavoro, mentre l'acomandante ricoprirà il ruolo di lavoratore secondo la nuova ed estesa definizione legale in combinata lettura con gli artt. 2313, 2318 e 2320 c.c. in base ai quali, da un lato, sono i soci accomandatari che rispondono illimitatamente per obbligazioni sociali e hanno i diritti e gli obblighi dei soci delle società in nome collettivo, mentre, dall'altro, i soci accomandanti non possono compiere atti di amministrazione giacché l'amministrazione della società può essere conferita soltanto ai soci accomandatari.

Prima di soffermarci sui modelli di società di capitali, più complessi ai nostri fini, possiamo a questo punto ricordare che:

la norma relativa alla posizione di garanzia del **datore di lavoro** non fa che confermare la nozione introdotta dal previgente quadro normativo di cui al D.Lgs. n. 626/94 ove veniva contrapposta una nozione di tipo «**formale**», ivi intendendo il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il prestatore (nel senso comune: il legale rappresentante), ed una di tipo «**sostanziale**» che predilige la responsabilità dell'organizzazione di lavoro o dell'unità produttiva quale presupposto *essenziale* della definizione di datore di lavoro (in quanto esercita i poteri di decisione e di spesa, salvo delega di attribuzioni) (30).

Inserimento nell'organizzazione di lavoro

Da quanto appena esposto, si evince come il D.Lgs. n. 81/2008 dia rilevanza all'inserimento nell'organizzazione produttiva per ricondurre la responsabilità al soggetto apicale; tentativo questo che indubbiamente risponde all'esigenza di intervenire contro le «morti bianche» e che prende grosso spunto dai settori manifatturiero ed edile, in particolare delle imprese medio-grandi nonostante la maggiore diffusione sul territorio

nazionale delle piccole imprese, anche artigiane. Centrale, dunque, tale impostazione che ricerca nel soggetto detentore dell'organizzazione il ruolo apicale, la cui definizione legale odierna abbraccia l'orientamento giurisprudenziale che premia la nozione sostanziale rispetto a quella formale seppur senza mai superare definitivamente la concezione originaria nonostante l'ampliamento soggettivo delle posizioni di garanzia con nuove figure; ne consegue la difficoltà di adattamento normativo giacché tutto pare sempre pensato (o ragionato) per il lavoro subordinato, indipendentemente dalla nuova dizione che ne supera ogni riconduzione deduttiva grazie alle equiparazioni formulate (31). Equiparazioni su cui è possibile mantenere delle riserve, ovvero sollevare delle critiche, in proposito del campo applicativo, almeno secondo il parere di chi scrive.

Il problema delle aggregazioni di lavoro

A conclusione di questa prima parte di studio, è apparso interessante soffermarsi un momento sulla situazione che viene a generarsi con l'instaurazione di contratti di appalto, associazioni temporanee di imprese, società di fatto e con l'effettiva collaborazione di lavoratori autonomi (es. artigiani) per la realizzazione di un'opera. Premesso che l'**appalto** è definito come il contratto con cui l'appaltatore assume, con propria organizzazione e rischio d'impresa, il compito di realizzare un'opera o un servizio a favore di un committente, a fronte di un corrispettivo economico, la caratteristica peculiare che lo contraddistingue dal contratto d'opera è l'elemento dell'organizzazione che gli consente l'esecuzione utilizzando personale aziendale (per lo più subordinato) anziché eseguire personalmente la prestazione: l'organizzazione imprenditoriale richiesta dall'art. 1655 c.c. contraddistingue l'appalto, infatti, dall'essenziale *intuitus personae* del contratto di **lavoro autonomo** ex art. 2222 c.c. dove l'esecutore si impegna a realizzare l'opera con lavoro prevalentemente proprio e non di terzi.

(29) L'art. 299 del D.Lgs. n. 81/2008, rubricato «Esercizio di fatto di poteri direttivi», recita: «Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti».

(30) Cfr. A. D'Avirro - P. Lucibello, *I soggetti responsabili della sicurezza sul lavoro nell'impresa*, Milano, 2010, p. 3 ss.

(31) A. Trojsi, in L. Zoppoli - P. Pascucci - G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, p. 53, parla di «vizio d'origine nell'evoluzione storica della legislazione antinfortunistica italiana».

La stipulazione di contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione fa sorgere, in materia di igiene e sicurezza del lavoro, gli obblighi di cui all'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008, ovvero della verifica preliminare dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori che il committente intende conferire all'appaltatore o al prestatore d'opera. Ne consegue il dovere di cooperazione dei soggetti coinvolti per l'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi professionali, finanche l'elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi che indichi le misure per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenze. S'insertisce qui il secondo comma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 che dispone la **responsabilità in solido** del committente imprenditore o datore di lavoro con l'appaltatore: formulazione, questa, che dispiega effetti solo nei riguardi del rapporto d'appalto tra appaltatore e, per così dire, «committente organizzato» (imprenditore o datore di lavoro, secondo la norma). Questa considerazione allontana la responsabilità solidale dal caso in cui il committente sia un soggetto privato, es. per lavori di ristrutturazione nel proprio appartamento, ma chiaramente ha effetti tanto verso il committente imprenditore appaltante quanto verso altro committente non imprenditore ma avente in forza del personale per definirsi, appunto, datore di lavoro (es. lo studio associato che conferisce incarico per la ristrutturazione dei propri uffici). Grazie a questa riflessione, possiamo **escludere il soggetto privato, non datore di lavoro**, da taluni obblighi di sicurezza del D.Lgs. n. 81/2008, in particolare dell'art. 26 in quanto norma riferita esclusivamente (e tassativamente) al conferimento di lavori in appalto da parte di un datore di lavoro, cioè da parte del «soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore» o, comunque, del soggetto che «ha la responsabilità dell'organizzazione» dell'attività o dell'unità produttiva (art. 2, c. 1, lett. b), del T.U. sicurezza). *E se ipotizzassimo il caso in cui un soggetto privato decidesse di incaricare un'impresa per una ristrutturazione parziale della propria abitazione, decidendo di eseguire egli stesso una parte dei lavori?* Orbene, qui il discorso cambia perché, pur restando vero quanto sopra osservato, è altrettanto vero che il legislatore ha cercato di inglobare alcune fattispecie altrimenti escluse: nel caso preso in esame è fondamentale

osservare come il soggetto privato acquisisca un duplice ruolo nell'ambito delle definizioni dell'art. 89 in tema di cantieri temporanei e mobili: quello di *committente*, perché è lui il «soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata» (ed il fatto che parte dell'opera sarà eseguita da egli stesso non fa perdere all'opera commissionata il carattere dell'interezza, restando appunto «intera» l'opera in fase di realizzazione), e di *lavoratore autonomo*, perché la lettera d) dell'art. 89 ne pone una definizione speciale: è lavoratore autonomo, nell'ambito del titolo IV del D.Lgs. n. 81/2008, la «persona fisica» - indipendentemente dall'essere artigiano, ditta individuale, professionista o dall'eseguire prestazioni occasionali - «la cui attività professionale contribuisce alla realizzazione dell'opera senza vincolo di subordinazione». Ecco dunque che il coordinatore della sicurezza per l'esecuzione dovrà considerare questo committente come lavoratore autonomo nel cantiere posto al suo vaglio e, quindi, coinvolgerlo al pari degli altri lavoratori nelle attribuzioni di cui all'art. 92, quali il rispetto delle misure di sicurezza valutate nel piano di sicurezza e coordinamento, l'elaborazione di un adeguato piano operativo di sicurezza, ecc. ossia, in sostanza, il rispetto della disciplina antinfortunistica; in caso contrario dovrà vietargli l'accesso in cantiere. Si rammenta, nell'esempio di specie, la necessità di una copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Invero, la situazione si complica nel momento in cui si abbia di fronte un luogo di lavoro, verosimilmente un cantiere, in cui il committente imprenditore o comunque datore di lavoro proceda ad incaricare più d'un soggetto per la realizzazione di un'opera: ad esempio il conferimento di incarico a tre artigiani affinché, ognuno per competenza, realizzino un'opera che da soli non riuscirebbero a realizzare; *ci si troverà davanti a tre appalti, ad una associazione temporanea di impresa (ATI), od una società di fatto?* Tenendo conto che tre sono gli appalti in esecuzione, verosimilmente nel nostro esempio le opere elettriche, idrauliche e di muratura, pare evidente che potrebbero profilarsi alcune situazioni concrete: **1. tre appalti distinti**, individuali verso tre artigiani; **2. tre appalti stipulati nell'ambito di un'ATI** volutamente attivata per concorrere all'appalto (si pensi all'appalto pubblico, dove non è insolito che gli interessati formino un'ATI per

poter soddisfare i requisiti richiesti nel bando di gara); 3. tre artigiani che normalmente sono soliti collaborare, ognuno per competenza, ma in modo continuativo e dunque non occasionale quasi formando una società, anzi presumibilmente costituendo una *società di fatto* e dunque una società non registrata (con gli effetti dell'art. 2297 c.c.) ma costituita in base a comportamenti concludenti, della quale il diritto non omette di rivolgere attenzione anche se risulta povero di norme. Ai nostri fini, la norma di maggior interesse è l'art. 2 del D.Lgs. n. 81/2008 nella parte in cui equipara a «lavoratore» il socio di società «anche di fatto». Sul punto, si tenga ben presente che la società di fatto o società irregolare non può mai essere una società di capitali, ma solo una società di persone proprio in virtù del tipo di patrimonialità imperfetta che la caratterizza (tant'è che la norma di riferimento, in quanto compatibile, è l'art. 2297 c.c. racchiusa nel capo delle società in nome collettivo). Secondo la giurisprudenza, i presupposti essenziali della società di fatto sono la gestione paritaria di guadagni e perdite, il fondo comune e, soprattutto, l'*affectio societatis*. Non basta dunque la mera organizzazione condivisa per il raggiungimento di obiettivi comuni, perché alla base deve rintracciarsi un effettivo comportamento concludente che rispecchi e dimostri la compartecipazione sociale tipica delle società: il c.d. contratto sociale (32). Ecco dunque che in mancanza, ad esempio, del fondo comune piuttosto che, a maggior rigore, di un guadagno pressoché «paritario» laddove ogni artigiano fatturi in proporzione al proprio guadagno (senza condividere puntualmente la gestione eco-

nomica ed il rischio d'impresa con gli altri, stante l'individualità degli incarichi), presumibilmente non si verificherà la società di fatto. Dal punto di vista giuridico, società di fatto e ATI hanno tratti di somiglianza notevoli, senonché l'ATI è stata ideata per la gestione degli appalti pubblici e, soprattutto, in essa si suol dire che vi sia un mandato collettivo con rappresentanza ma il legame che viene ad instaurarsi non realizza la nascita di un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive come invece avviene nella società di persone (nell'ATI ogni soggetto aggregato mantiene la propria autonomia di gestione): si osservi peraltro che con l'ATI di tipo verticale sorge una responsabilità solidale sul capogruppo, mentre invece è estesa a tutti i consociati nella società di fatto e nell'ATI orizzontale (dove è *pro quota* in base ai lavori da eseguire da parte del singolo associato). Dalla modalità effettiva di gestione discende l'assoggettabilità degli appaltatori alla società di fatto, giacché la magistratura ha avuto modo di evidenziare che soltanto la gestione in comune dell'attività d'impresa conduce alla qualificazione in chiave societaria (33). Peraltro, non si dimentichi che con l'atto costitutivo dell'ATI non sorge alcun soggetto giuridico, rimanendo i singoli imprenditori autonomi nell'esecuzione e senza dotare il gruppo di una distinta soggettività (34).

Le differenti casistiche possibili portano alla necessità di analizzare nel profondo le circostanze entro cui si sviluppano posizioni contrattuali e posizioni di garanzia, per i notevoli risvolti che ne possono conseguire.

(32) A. Russomanto, in *www.diritto.it*, sottolinea che «non è sufficiente, al fine del rinvenimento di una società di fatto, una mera presunzione fondata su sporadici e saltuari atteggiamenti assunti "uti soci" da parte dei soggetti interessati, bensì occorre la necessaria prova dell'esistenza di un contratto sociale. La Suprema Corte, infatti, in più di un'occasione (Cass. 16 febbraio 1970, n. 361; Cass. 26 marzo 1994, n. 2985) ha sostenuto che, qualora difetti la prova di un accordo scritto, l'esistenza di una società di fatto deve essere dimostrata verificando la sussistenza di avvenuti conferimenti di beni o servizi, i quali possano originare l'esistenza di un fondo patrimoniale comune, l'alea di profitti e perdite nonché di un fine sociale e, come accennato in precedenza, dell'"*affectio societatis*", ossia la volontà di collaborazione e della creazione di un vincolo proiettato al raggiungimento di un risultato comune».

(33) Tribunale di Napoli, Sez. VII, 10 giugno 2009.

(34) Cfr. D. Minussi, *Raggruppamento temporaneo di imprese*, 27/05/2014, su *www.e-glossa.it*, il quale studia l'art. 13 della legge n. 109/94 per illustrare la differenza tra ATI verticali ed orizzontali: «si hanno le prime qualora una delle raggruppate debba realizzare i lavori della categoria prevalente. La distinzione assume rilevanza ai sensi dell'art. 95 del regolamento del 1999, ove si prevede che i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara debbano essere posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente per le associazioni verticali, mentre devono essere posseduti dalla mandataria solo in misura maggioritaria e in misura minoritaria cumulativamente dalle altre per le associazioni orizzontali (disposizione che trova conferma in quanto dettato dall'art. 13, comma 5, della legge n. 109/94, come modificato dalla legge 1 agosto 2002, n. 166)».

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

2015

16

PRENOTAZIONE TELEMATICA
Accesso al microcredito:
requisiti e procedura

POSIZIONI DI GARANZIA
Soci e sicurezza sul lavoro:
le società di capitali

FONDI PENSIONE
Limiti di investimento
e conflitti di interesse

TESTO ANNOTATO
Rassegna interpelli

PERCORSI
DI APRILE

PRIVACY DIGITALE

Marco Soffientini

Internet e società digitale
Il futuro della privacy

Internet e informative
Informative privacy nei siti web

Policy
Nuova disciplina sull'utilizzo
dei cookie

IN QUESTO NUMERO

Misure di sicurezza
Hacking e sicurezza
informatica



Percorsi

Privacy digitale

Hacking e sicurezza informatica
Marco Soffientini

993

Jobs Act

Riordino dei contratti: le collaborazioni coordinate e continuative
Paolo Giorgiutti e Mauro De Santis

999

Approfondimenti

Accesso al microcredito: requisiti e procedura
Giuseppe Buscema

1005

Omesso versamento di ritenute certificate e responsabilità penale
Salvatore Servidio

1009

Soci e sicurezza sul lavoro: le società di capitali
Luca Lodi

1020

Inail: la denuncia degli infortuni
Ernesto Murolo

1028

Società partecipate e consorzi locali: disciplina della mobilità
Paola Cosmai

1034

Fondi pensione

Limiti di investimento e conflitti di interesse nei fondi
Giuseppe Rocco

1041

Interpelli

Rassegna interpelli

Lavoro a chiamata - Ambienti sospetti di inquinamento: requisiti per l'assunzione
Min. lav., 24 marzo 2015, n. 6
 con nota di M. Tavella

1045

Nei numeri di maggio

Pari opportunità e discriminazione

di Giulietta Bergamaschi

n. 17	Quadro normativo
2 maggio 2015	La tutela delle pari opportunità
n. 18	Azioni positive
9 maggio 2015	Pari opportunità uomo - donna
n. 19	Discriminazione
16 maggio 2015	Le fattispecie disciplinate
n. 20	Accertamento
23 maggio 2015	Le decisioni della giurisprudenza
n. 21	Nuovi scenari
30 maggio 2015	I cambiamenti attesi

Posizioni di garanzia

Soci e sicurezza sul lavoro: le società di capitali

Luca Lodi - Consulente del lavoro (*)

Pluralità di garanti della sicurezza

Proseguendo la disamina con le società di capitali, osserviamo come il debito di sicurezza è, in generale, condiviso tra più soggetti, a conferma di quel principio di effettività già discusso da dottrina e giurisprudenza (1) e su cui abbiamo posto l'attenzione affrontando la posizione di garanzia nelle società di persone nel precedente numero di questa Rivista (2). In particolare, nelle società di capitali, il discorso muove verso una ricerca approfondita delle responsabilità distinguendo preliminarmente la qualità di socio in ragione della sussistenza o meno del *potere di amministrazione e controllo*, ergo con o senza *potere di decisione e di spesa*. Se è vero che, tipicamente, nelle società di capitali gli amministratori vedono contraddistinguere la propria funzione tra amministrazione ordinaria ed amministrazione straordinaria, dobbiamo necessariamente segnalare che la gestione della prevenzione e della sicurezza in azienda è «atto dovuto», sulla scorta dell'art. 2087 c.c. prima ancora del Testo Unico n. 81/2008, riconducibile alla amministrazione ordinaria di competenza di tutti gli amministratori anche disgiuntamente l'uno dall'altro salvo diversa delega di attribuzioni. In buona sostanza, pertanto, nelle società di capitali la figura di *da-*

tore di lavoro ai fini della sicurezza coincide con tutti i componenti del consiglio di amministrazione (3), con eccezione per la responsabilità del presidente o del delegato cui siano attribuiti espressamente e regolarmente i compiti in materia di sicurezza. Resta esclusa - fatta salva la prova contraria, se del caso - la compagine societaria priva dei poteri di decisione e di spesa, cioè dei poteri di amministrazione: ci si intende riferire ai soci non amministratori, nel senso di soci di capitali secondo lo schema di diritto commerciale.

In tale quadro, hanno fatto senz'altro scuola, senza essere comunque isolate ma, anzi, in linea con l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi intorno al D.Lgs. n. 626/1994, le sentenze della Corte di Cassazione n. 6280 dell'8 febbraio 2008 ed, esattamente tre mesi dopo, n. 18840 dell'8 maggio 2008 (ovviamente entrambe sempre in vigenza del D.Lgs. n. 626/1994). Nel primo giudizio il collegio evidenzia che, in mancanza di delega di funzioni («*proprio perché la sicurezza non era stata oggetto di specifica delega*») gli obblighi imposti ai datori di lavoro dalla normativa antinfortunistica dovevano ritenersi gravanti su tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Pertanto, coerentemente con l'orientamen-

(*) La presente pubblicazione, avente scopo meramente informativo e quale frutto del pensiero dell'Autore, non può comportare responsabilità in capo al medesimo Autore o all'Editore della rivista.

(1) In tal senso M. Lai, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010, p. 64; cfr. P. Soprani, nota a Cass., sez. IV penale, 6 agosto 2009, n. 32193, in *Ambiente&Sicurezza* n. 3/2010, pp. 77-78; in riferimento alla pluralità di posizioni di garanzia v. anche Cass., sez. IV penale, 8 febbraio 2008, n. 6281, mentre per un approfondimento sul concorso di colpa della vittima v. Cass., sez. IV penale, 2 aprile 2009, n. 14440. Cfr., inoltre, F. Basenghii, *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, in L. Galantino (a cura di), *Il testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2010.

(2) Oltre a rinviare alla prima parte dell'approfondimento nel precedente numero di questa rivista, si segnala il pensiero condivisibile di R. Acquaroli, in *Norme penali e processuali*, a

cura di G. Insolera, commentario diretto da L. Montuschi, pp. 8-9: la ricerca della figura del datore di lavoro se è senz'altro facilmente individuabile nell'impresa individuale in base all'art. 2087 c.c., presenta le maggiori difficoltà nei modelli societari. Nelle società di persone, in particolare le società semplici o in nome collettivo, ai fini dell'applicazione del sistema prevenzionistico e della sicurezza, tutti i soci condividono la qualifica di datore di lavoro. Di conseguenza, i relativi obblighi previsti dal D.Lgs. n. 81/2008 gravano su ciascuno di loro, fatta salva, naturalmente, la possibilità di delegare uno tra i soci ad adempiere l'obbligo di sicurezza. Nelle società in accomandita sarà il socio accomandatario il soggetto responsabile. Nella società di fatto sarà il giocoforza attenersi al criterio dell'effettività e guardare all'organizzazione dell'attività.

(3) Cass., sez. II penale, 14 dicembre 2007, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 435.

to giurisprudenziale sino a quel momento sostenuto:

«nel caso di imprese gestite da società di capitali, gli obblighi concernenti l'igiene e la sicurezza del lavoro **gravano su tutti i componenti** del consiglio di amministrazione».

La seconda sentenza, sempre in ordine alle società di capitali, ribadisce il dovere di garanzia in ragione della presenza o assenza di deleghe: «La presidente del consiglio di amministrazione di una s.p.a. deve essere considerata datrice di lavoro per la sua carica all'interno della società» e, **indipendentemente dalle attività di iniziativa autonoma nella gestione della medesima dell'amministratore unico**, «spettava pur sempre anche alla presidente del consiglio di amministrazione il dovere di garantire la sicurezza nell'ambiente di lavoro, in mancanza di delega ad altri soggetti responsabili in tale campo». Va qui detto, tuttavia, che la compresenza di altri soggetti non necessariamente fa venir meno la responsabilità apicale, tanto da persistere l'obbligo di vigilare con la conseguente eventuale *culpa in vigilando*. Per la Sezione IV della Cassazione, infatti, «l'organo apicale è sempre responsabile, alternativamente o cumulativamente, ove venga informato delle deficienze e non vi adempie ovvero nel caso in cui siano necessarie impegnative di spesa, non consentite all'organo tecnico o al dirigente del settore» (Cass., 10 gennaio 2008, n. 866) (4).

Ad esempio, in senso conforme,

«il presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali non può, da solo, essere considerato rappresentante della società, appartenendo la rappresentanza all'intero consiglio di

amministrazione, salvo delega conferita ad un singolo consigliere, amministratore delegato, in virtù della quale l'obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal consiglio di amministrazione al delegato, rimanendo in capo al consiglio di amministrazione residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega» (Cass., sez. IV penale, 20 maggio 2013, n. 21628).

Pertanto, riguardo alle società di capitali, la figura del datore di lavoro coincide con i vertici societari, ossia con tutti i componenti del consiglio di amministrazione (5), ma resta inteso che il ruolo datoriale del presidente o dell'amministratore delegato può essere rafforzato nel senso di responsabilità esclusiva qualora siano loro indirizzati formalmente i compiti in materia di sicurezza ovvero la delega di funzioni (6) (7). La **pluralità di garanti della sicurezza**, nel novero dei componenti il consiglio di amministrazione ovvero in altre circostanze di obbligo in solido ripartito tra più garanti, è bene affrontata dalla giurisprudenza con le sentenze nn. 6281/2009 e 32237/2009 della sezione IV penale della Corte di cassazione: se sono presenti più titolari della posizione di garanzia in materia antinfortunistica «ciascuno deve ritenersi, per intero, destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, con la conseguenza che, se è possibile che determinati interventi siano eseguiti da uno dei garanti, è, però, doveroso per l'altro o per gli altri garanti, dai quali ci si aspetta la stessa condotta, accertarsi che il primo sia effettivamente intervenuto».

(4) Tale sentenza n. 866/08 afferisce al tema della responsabilità apicale nella Pubblica Amministrazione, ove la complessità organizzativa ha destato difficoltà, tempo indietro, a inquadrare la figura del datore di lavoro, tanto da spingere il legislatore ad una più precisa definizione nel d.lgs. 81/08 rispetto a quanto fatto con il D.Lgs. n. 626/1994. Infatti, nella sentenza di legge che «il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, individuato nel dirigente indicato dalla P.A. con provvedimento formale, ha più poteri rispetto a quelli dei datori di lavoro privati: non si parla di poteri decisionali e di spesa ma di poteri di gestione che certamente comprendono anche poteri decisionali e di spesa ma l'autonomia gestionale non può fare riferimento ai poteri di decisione e spesa coerenti con gli indirizzi dell'amministrazione e con le disponibilità che l'amministrazione, intesa come direzione politica dell'ente, decide di impiegare nella gestione ovviamente nei limiti stabiliti dalla

normativa non solo nazionale». Poco più avanti si legge altresì che, nella P.A., «l'attribuzione della qualità di datore di lavoro deve essere espressa anche perché comporta i poteri di gestione in tema di sicurezza, in quanto solo in campo amministrativo sussiste l'esigenza di una formalizzazione dei rapporti organizzativi all'interno della struttura, tanto più che, in considerazione dei molteplici compiti dell'ente locale, non sarebbe possibile individuare il datore di lavoro con la semplice preposizione a settori della pubblica amministrazione».

(5) Cass., sez. II penale, 14 dicembre 2007, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 435.

(6) Cass., 11 luglio 2002, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1140.

(7) Per le sentenze citate in annotazione 4 e 5 ed altri interessanti spunti sul tema, si rinvia a R. Acquaroli, in *Norme penali e processuali* (a cura di G. Insolera), commentario diretto da L. Montuschi.

Particolarità nella ripartizione legale del debito di sicurezza

Capita che negli atti del processo penale si assista al tentativo dell'imputato di sgravarsi da responsabilità. In particolare, può accadere che costui si dichiari estraneo al reato affermando di aver confidato che altri (socio o delegato) si occupasse di quel preciso adempimento in materia di sicurezza. La giurisprudenza ha comunque avuto modo di chiarire che il **principio dell'affidamento**, secondo il quale ogni socio può confidare nell'operato degli altri soci secondo regole precauzionali normalmente riferibili al tipo di attività in esame ed in virtù del quale ognuno deve evitare i pericoli scaturenti dalla propria condotta, rappresenta essenzialmente (ed esclusivamente) l'obbligo di impedire che si realizzino comportamenti pericolosi da parte di terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili; per contro, non potrà parlarsi di «affidamento» quando colui che si affida resti colpevole di aver violato norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte e, ciò nonostante, confidi che qualcun altro, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini quella violazione o ponga rimedio a quella omissione: il principio dell'affidamento non solleva da responsabilità (8).

Orbene, quanto finora illustrato in tema di responsabilità datoriale personale o solidale trova alcuni limiti, più volte ripresi dalla giurisprudenza: **comportamento abnorme** del lavoratore e **rischio elettivo**. Ambedue le situazioni alleggeriscono la responsabilità datoriale, sennonché solo il secondo, cioè il rischio elettivo, è capace di escludere la tutela assicurativa per gli infortuni sul lavoro. Il comportamento abnorme, invece, resta coperto dall'assicurazione - che non trova vincoli nemmeno nell'ipotesi di mancato versamento del premio da parte del datore di lavoro - ma proprio per le sue caratteristiche di irragionevolezza od eccesso rispetto alla normalità costituisce un preciso limite a quella responsabilità datoriale che ha sempre incluso, per il tenore dell'art. 2087 c.c., il dovere dell'imprenditore di valutare anche l'imprudenza del prestatore di lavoro. Secondo la Corte di legittimità, *l'abnormità della condotta deve essere apprezzata in relazione ai gradi di esperienza lavorativa dell'infortu-*

nato (9). Più stringenti le conseguenze del rischio elettivo, giacché esso è l'unico a comportare l'esclusione o la riduzione della tutela assicurativa (dell'Inail): esso ricorre quando l'evento lesivo è ricollegabile ad una particolare situazione nella quale il lavoratore è venuto a trovarsi per scelta volontaria, diretta a soddisfare esigenze personali (Cass. n. 2942/2002), che lo ha indotto ad affrontare un rischio diverso da quello inerente l'attività lavorativa. Ad esempio, la S.C. ha escluso la tutela per una lavoratrice che era occorsa in incidente stradale nello svolgimento delle mansioni lavorative utilizzando un ciclomotore, anziché l'autovettura, senza che questo fosse stato preventivamente autorizzato (10).

Amministratori responsabili

Soffermandoci un momento nella trattazione della **società per azioni**, tra le disposizioni generali del codice civile troviamo l'art. 2325 che limita la responsabilità per le obbligazioni sociali con il solo patrimonio societario ma ciò ha rilevanza ai fini civilistici, che nel nostro contesto possiamo ricondurre alla tutela prevenzionale di cui all'art. 2087 c.c.; la gestione imprenditoriale spetta esclusivamente agli amministratori ma nulla toglie che possa essere affidata anche a non soci (art. 2380-bis c.c.) o a più persone costituenti il consiglio di amministrazione. Le conseguenze della responsabilità degli amministratori, per quanto concerne la sicurezza del lavoro, derivano più da principi di ricostruzione giurisprudenziale e regole generali e specifiche del diritto, ivi compreso ovviamente il testo unico n. 81/08 ed il D.Lgs. n. 231/2001, nelle loro vigenti formulazioni, che dal codice civile in senso stretto orientato più alla responsabilità per gli aspetti della gestione patrimoniale e dell'assetto imprenditoriale della società. Tuttavia, un'interpretazione estensiva e sistematica delle singole disposizioni legali poste in combinata lettura tra loro, potrebbe portarci a considerare i «doveri imposti dalla legge» di cui all'art. 2392 c.c. (rubricato «*Responsabilità verso la società*») con più ampio significato, giacché nei fatti la responsabilità segue lo schema di diritto commerciale con l'eccezione per i datori di lavoro e dirigenti «di fatto» a norma dell'art. 299 del T.U. sicurezza. Peraltro, vale

(8) Cass., sez. IV penale, 21 dicembre 2006, n. 41966.

(9) Cass., sez. lavoro, 13 ottobre 2000, n. 13690.

(10) Cass., sez. lavoro, 30 maggio 2001, n. 7367.

la pena segnalare che vi sono stati casi in cui la magistratura, proprio in virtù dei poteri (di rappresentanza, di decisione, di spesa) dell'amministratore, ha pronunciato condanne anche per soggetti in carica da brevissimo tempo (interessante la sentenza n. 9876 del 4 agosto 1999 della Corte di cassazione, sezione IV penale, che in occasione di un infortunio ad una pressa ha ritenuto responsabile il consigliere delegato della società nonostante fosse in carica da soli tredici giorni: secondo i giudici tale lasso di tempo era sufficiente «per prendere conoscenza della situazione in cui operavano i dipendenti»). Secondo una storica sentenza del 1981 (11), infatti,

«la legge non prevede che le misure di sicurezza siano attuate dopo un certo tempo, perché, se così fosse, si dovrebbe tollerare che per un tempo più o meno lungo, pur mancando nel corso del lavoro qualsiasi protezione contro gli infortuni, nessuno sarebbe chiamato a risponderne. In realtà, **il legislatore vuole che le misure di sicurezza siano attuate prima ancora che si sia dato inizio al lavoro**; né l'eventuale condotta colposa di coloro che non attuano quelle misure in tempo precedente può scagionare coloro che abbiano la qualità di dirigente nel tempo successivo».

Inoltre, al fine di esonerare da responsabilità il rappresentante legale di una società per azioni, è irrilevante che questi non abbia ricevuto la delega ad occuparsi di sicurezza del lavoro, ma occorre che sia stata delegata ad altri la responsabilità antinfortunistica, altrimenti compresa nella qualità di rappresentante legale della società (12). Procedendo la disamina nell'ordine, troviamo la **società in accomandita per azioni** nella quale i soci accomandatari rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, mentre i soci accomandanti sono obbligati nei limiti delle quote di capitale sottoscritte e rappresentate da azioni (art. 2452 c.c.). Nella s.a.p.a. i soci accomandatari sono di diritto amministratori e ne consegue discorso analogo a quanto affrontato relativamente alle società per azioni (tant'è che

anche a livello societario si applicano le medesime norme della s.p.a. in quanto compatibili con le specifiche disposizioni degli articoli 2455 e seguenti del codice). Pertanto, tutti i soci accomandatari saranno inquadrabili come "datore di lavoro" ai sensi della normativa di salute e sicurezza sul lavoro, stanti i poteri di amministrazione che la legge attribuisce loro. Nulla graverà in capo ai soci accomandanti in quanto coinvolti solo in termini civilistici per le obbligazioni sociali limitatamente alla quota da ciascuno sottoscritta e, per lo svolgimento di prestazioni di lavoro, saranno annoverabili tra i lavoratori quali soggetti tutelati dal decreto legislativo n. 81/2008.

Proseguendo, al capo VII troviamo la **società a responsabilità limitata**, la quale, sul piano civilistico per quanto attiene alle obbligazioni sociali, risponde soltanto con il suo patrimonio. Eccezion fatta per gli amministratori, per tutti gli altri soci è ormai assodato che lo svolgimento di attività di lavoro a favore della società non può che eseguirsi a fronte dell'instaurazione di un rapporto di lavoro, distinto dal vincolo associativo: ciò significa che mentre i soci aventi poteri di amministrazione saranno considerabili "datori di lavoro" in quanto amministratori, salvo particolari riserve in Statuto (es. amministrazione ordinaria solo ad alcuni soci ovvero deleghe di attribuzioni all'uno o all'altro socio), i soci non amministratori rientreranno nella definizione legale di "lavoratori" dettata dall'art. 2, c. 1, lett. a), D.Lgs. n. 81/2008. In proposito bisognerà comunque esaminare la posizione contrattuale che sorregge il nuovo vincolo, tenendo presente che la maggior parte dei contratti esperibili permetteranno l'inquadramento del socio non amministratore come (socio) «lavoratore». Il rapporto lavorativo è ben distinto da quello associativo, pertanto in base al contratto instaurato tra il socio e la società ci si addenterà nella definizione legale di «lavoratore» dell'art. 2 ovvero nel campo di applicazione ex art. 3 del T.U. sicurezza. Da escludersi, invece, il caso in cui la prestazione di tale socio avvenga in forma di prestazione di **lavoro autonomo**, es. libero professionista, per effetto della

(11) Cass., 11 marzo 1981, in *Giust. pen.*, 1981, II, p. 716; ma esiste anche qualche orientamento più clemente con riguardo all'imputazione di colpevolezza per legali rappresentanti freschi di nomina, con l'eccezione del potere di interrompere l'esecuzione del lavoro che deve essere esercitato ove se ne riscontrino la necessità anche da parte di soggetti appena investiti

del potere di amministrazione della società ovvero dei "poteri di decisione e di spesa".

(12) Così si esprime la Cassazione con sentenza del 26 giugno 1996, commentata da Bernardino, in *Dir. prat. lav.*, 1996, n. 33, p. 2387.

mera riconduzione ai doveri di cui all'art. 20 del D.Lgs. n. 81/2008.

Orbene, in tutto questo discorso vanno sempre salvaguardate le ipotesi di **erronea qualificazione contrattuale** di cui non ci occuperemo in questo studio ma che è bene segnalare in quanto il giudice penale secondo il proprio prudente apprezzamento, o il giudice del lavoro su richiesta di parte (13), può cambiare le sorti di una causa in materia antinfortunistica esaminando con attenzione il ruolo reale e concreto del lavoratore che ha subito la lesione e che nei fatti può aver svolto compiti di lavoro subordinato nonostante la stipula di un contratto di collaborazione, lavoro autonomo, e così via. Infatti, se è vero che il decreto per la tutela della salute e sicurezza sul lavoro dispone la definizione legale di lavoratore, è altrettanto vero che non tutte le tipologie contrattuali sono ivi ascritte: ad esempio il **collaboratore a progetto** non è stato incluso espressamente nella definizione e - va sottolineato - la rigidità del diritto penale non permette un'estensione interpretativa: a costui, pertanto, in caso di violazione dei doveri di cui all'art. 20, non saranno applicabili in modo inopinabile le sanzioni dell'art. 59 in quanto riferite precisamente ai **lavoratori**, tali da intendersi il lavoratore subordinato e i soggetti **equiparati** nell'art. 2. Il campo applicativo dell'art. 3, che al comma 7 si occupa dei lavoratori a progetto, ha la funzione di chiarire che la tutela di prevenzione e protezione deve coinvolgere anche loro, ma non dovrebbe minimamente sorprendere l'ipotesi di "inapplicabilità" di una sanzione *ex art. 59* al collaboratore negligente (che, ove applicate, potrebbe ricorrere contro il verbale o appellarsi o ricorrere per cassazione contro una sentenza sfavorevole) per violazione dell'articolo 1 del codice penale: *Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*. Basti rammentare l'insegnamento del brocardo menzionato nella prima parte di questo approfondimento (v. numero precedente della *Rivista*) *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Tutti si aspettano piena equiparazione, ma solo i soggetti

espressamente «equiparati» vanno considerati tali. Nessuno in più. D'altra parte, questa impostazione del legislatore ha prestato il fianco a qualche critica in dottrina, la quale si è indirizzata tendenzialmente verso l'idea classica e comune dell'equiparazione, secondo la *ratio* ispiratrice della norma. Infatti, non sono molte le teorie specifiche espresse sulla **posizione di garanzia dei soci in base alla tipologia di società**, che forma oggetto di questa disamina, eccezion fatta per i consigli di amministrazione delle società per azioni sulle quali è rintracciabile maggiore materiale giurisprudenziale.

In relazione alla posizione degli amministratori (co-datori di lavoro), l'art. 2475-*bis* c.c. dispone espressamente che costoro abbiano tutti la rappresentanza generale della società e che, pertanto, le limitazioni ai loro poteri trascritte nell'atto costitutivo o di nomina non siano opponibili a terzi. L'abitudine di distinguere l'amministrazione ordinaria e quella straordinaria, che possono essere congiunte o disgiunte alla stregua delle possibilità date dall'art. 2475, comma 3, c.c., non implica riduzioni di responsabilità in materia antinfortunistica in quanto la sicurezza del lavoro è sempre dovuta, a norma dell'art. 2087 c.c. e delle disposizioni speciali del D.Lgs. n. 81/2008, ricadendo dunque nell'amministrazione ordinaria. Coerentemente, gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società ove condannata civilmente al risarcimento di un lavoratore infortunato (mentre penalmente la condanna è del datore di lavoro, finanche dell'intero Consiglio di amministrazione), per l'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge (art. 2476 c.c.), compresi ovviamente i doveri di garanzia della sicurezza sul lavoro. Se tale regola civilistica nasce per ragioni di diritto commerciale, non è escludibile l'applicabilità del siffatto orientamento, ancorché la prassi giudiziaria si è sempre soffermata sull'azione penale contro il datore di lavoro responsabile e, per i danni, sul risarcimento (azione civile) contro la società nella persona del legale rappresentante *pro-tempore*. Senza voler entrare, con ciò, nel merito delle possibili conseguenze sanzionatorie con l'applicazione del

(13) Va ricordato che la conversione del contratto, quando effettuata perché il contratto originario è stato stipulato in frode ad una norma imperativa (art. 1344 c.c.) che prevedeva l'utilizzo di altro tipo di contratto, può avvenire su azione di nullità *ex art. 1418 c.c.* esercitabile da chiunque ne abbia interes-

se (art. 1421 c.c.), e non solo dalla parte legittimata per legge come avviene per l'azione di annullabilità (art. 1441 c.c.). Infatti, la conversione c.d. d'ufficio avviene per effetto di verbale di accertamento ispettivo.

D.Lgs. n. 231/2001 nella sua versione vigente comprendente i reati occorsi con violazione della normativa antinfortunistica.

Ultimo schema societario seguendo i titoli del codice civile è quello della **società cooperativa**. Il discorso è analogo a quello affrontato finora con la s.p.a. e la s.r.l., in quanto il corpo direttivo della cooperativa è sempre il consiglio di amministrazione. Ciò che davvero richiama l'attenzione nella novella del 2008 è che nella definizione di lavoratore troviamo espressamente il «**socio lavoratore di cooperativa**». Figura, questa, già nota nel novero dei soggetti beneficiari delle tutele prevenzionistiche, la cui peculiarità è stata messa in luce con la legge n. 30/2003 che ha distinto la posizione del socio dal suo rapporto di lavoro, instaurabile secondo le tipologie ammesse nello statuto della società e con la puntualizzazione legale che il venir meno della titolarità di socio o l'estromissione comporta anche la risoluzione del rapporto di lavoro (mentre non sempre avviene il contrario, seppur nella prassi la cessazione del rapporto di lavoro coincide anche con il recesso del socio dalla cooperativa). Con il testo unico per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, il socio lavoratore è pienamente considerato al pari di qualsiasi altro lavoratore, subordinato o con altra tipologia di contratto: pertanto, si noti come la posizione del socio lavoratore resti tutelata anche qualora tale soggetto acquisisca lo *status* di «socio» a fronte di contratto di lavoro autonomo, ove accettato dallo statuto della cooperativa. Questa particolarità è forte: non gli si applicheranno le disposizioni dell'art. 21 del D.Lgs. n. 81/2008, relativo ai lavoratori autonomi ed altri, bensì l'art. 20 e l'intero Testo Unico in quanto lo *status* di socio lavoratore lo investe dell'equiparazione legale fornita con l'art. 2, comma 1, lettera a) del medesimo decreto.

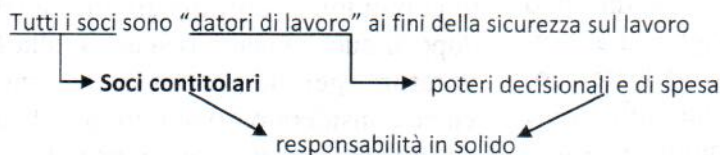
In conclusione, analizzare trasversalmente la posizione di garanzia del datore di lavoro nei vari tipi di società ci fa comprendere come non si possa più mantenere l'attenzione al solo legale rappresentate della società. Gli operatori del settore sicurezza, anche nella stesura del documento

di valutazione dei rischi, devono indagare sull'azienda cercando di simulare l'orientamento di un magistrato e, quindi, analizzando l'effettiva investitura dei poteri di decisione e di spesa per ricostruire anzitutto l'organizzazione di lavoro, nei suoi assetti e nei suoi datori di lavoro che sovente coincidono con tutti gli amministratori. Solo dopo si può spostare lo sguardo alla figura del lavoratore, perché ancora troppo spesso il socio viene considerato lavoratore per il solo fatto dell'equiparazione dettata nel primo comma dell'articolo 2 del Testo Unico per la sicurezza sul lavoro, quando invece la figura di socio può coincidere con il datore di lavoro in base ai poteri effettivi e al tipo di società in cui è inserito. Si va infine diffondendosi la prassi di inquadramento di uno degli amministratori come «**datore di lavoro ai fini della sicurezza**»: tale soluzione può trovare accoglimento davanti agli organi ispettivi, ma è bene sottolineare come assolutamente non limiti la decisione di un giudice in caso di incidente sul lavoro. Tant'è che resta fermo l'art. 299 del D.Lgs. n. 81/2008 sull'**esercizio di fatto dei poteri direttivi**: «*Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e) gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti*». Secondo Cass. pen., sez. IV, sentenza n. 4106 del 3 febbraio 2011, «la responsabilità del soggetto preposto alla direzione dell'unità produttiva è condizionata alla congruità dei suoi poteri decisionali e di spesa rispetto alle concrete esigenze prevenzionistiche» e, pertanto, egli «sarà qualificabile come datore di lavoro ai fini della sicurezza solo se gli saranno attribuibili poteri e disponibilità finanziarie adeguate per effettuare gli adempimenti prescritti dalla legge solo entro quei limiti, mentre, per tutti gli altri adempimenti i quali non dispone dei mezzi e dei poteri per realizzarli, le eventuali violazioni (e relative conseguenze) non saranno a lui ascrivibili».

Approfondimenti

SOCIETA' DI PERSONE

Società semplici, società in nome collettivo (s.n.c.)



Società in accomandita semplice (s.a.s.)



Socio accomandate: "lavoratore" tutelato dal d.lgs. n. 81/2008
(presta servizio nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro)

SOCIETA' DI CAPITALI

Società in accomandita per azioni (s.a.p.a.)



Socio accomandate: "lavoratore" tutelato dal d.lgs. n. 81/2008
(presta servizio nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro)

Società per azioni (s.p.a.)



Presidente del C.d.A.: legale rappresentante (non è il solo datore di lavoro ai fini della sicurezza)

Socio non consigliere: nessuna posizione, salvo che non svolga attività di lavoro nella società

in tal caso "lavoratore" tutelato dal d.lgs. n. 81/2008
(presta servizio nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro)

Società a responsabilità limitata (s.r.l.)

Consiglio di Amministrazione: "datore di lavoro" ai fini della sicurezza = amministratori della s.r.l.

→ poteri di decisione e di spesa ←

Presidente del C.d.A.: legale rappresentante (non è il solo datore di lavoro ai fini della sicurezza)

Socio non consigliere: nessuna posizione, salvo che non svolga attività di lavoro nella società

in tal caso "lavoratore" tutelato dal d.lgs. n. 81/2008 ←

(presta servizio *nell'ambito dell'organizzazione* del datore di lavoro)

Società cooperativa (soc. coop.)

Consiglio di Amministrazione: "datore di lavoro" ai fini della sicurezza = amministratori soc. coop.

→ poteri di decisione e di spesa ←

Presidente del C.d.A.: legale rappresentante (non è il solo datore di lavoro ai fini della sicurezza)

Socio lavoratore (di cooperativa): "lavoratore" tutelato dal d.lgs. n. 81/2008

(presta servizio *nell'ambito dell'organizzazione* del datore di lavoro)

E' soggetto espressamente "equiparato" ex art. 2, comma 1, lett. a), del t.u.

D.lgs. 81/2008, art. 299 (Esercizio di fatto di poteri direttivi)

«Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e) gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»