

LEGALITÀ E SICUREZZA NEI LAVORI IN APPALTO: QUALITÀ DELL'IMPRESA E GESTIONE DEI RISCHI INTERFERENZIALI^(*)

Tra posizioni di garanzie "primarie" e "secondarie", colpa grave e organizzativa del committente

di Daniele Piva

SOMMARIO: 1. Premessa: la iper-responsabilizzazione del committente tra "personalità" e solidarietà". – 2. Dalla prassi alla teoria: la distinzione tra posizioni di garanzia "primarie" e "secondarie" e il concorso per "intreccio cooperativo". – 3. Le ricadute sulla responsabilità del committente tra regola ed eccezioni. – 4. La verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore tra controlli sostanziali e manifesta inadeguatezza. – 5. Cooperazione e coordinamento tra "supercontrollo" e vizi di "immediata percepibilità". – 6. Conclusioni: dalla *culpa in eligendo atque vigilando* alla colpa *grave e organizzativa*.

1. Premessa: la iper-responsabilizzazione del committente tra "personalità" e "solidarietà".

Con riguardo alla sicurezza sul lavoro in appalto si registra ormai da tempo in giurisprudenza una moltiplicazione delle responsabilità penali del committente nonostante la sua tipica posizione di lontananza dal singolo infortunio *hic et nunc* che, evidentemente, ne complica l'accertamento in termini causali e di colpa, in quanto basato sui criteri della *concretizzazione del rischio* e dell'*efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito*.

Stando, infatti, alla stessa definizione che ne fornisce l'art. 89 lett. b), d.lgs. 81/2008 si tratta di colui per conto del quale l'intera opera è realizzata¹, indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione. Un soggetto che, salvo la sua degenerazione in datore di lavoro di fatto ai sensi dell'art. 299 d.lgs. 81/2008 per ingerenza² o impegno ad apprestare garanzie tecniche³, non interferisce nelle attività

^(*)Relazione, sottotitolata, dell'intervento svolto il 18 aprile 2024 al Convegno *Safe Work Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro del territorio modenese: organizzazione, gestione dei rischi e responsabilità* organizzato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia e destinata alla pubblicazione nel volume collettaneo *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto locale: sistemi produttivi, modelli di prevenzione e responsabilità penale*, a cura di L. Foffani, G. Pellacani, R. Orlandi, L. Lodi, Torino, 2024.

¹ Così, tra le tante, Cass., Sez. IV, 21.04.2021, n. 26335, in *dejuregiuffré* (d'ora in poi, per brevità, DJG).

² Cfr., per la sua particolare chiarezza, Cass., Sez. IV, 6.10.2014, n. 47751, in DJG, secondo cui è solo allorquando il committente assuma una partecipazione attiva nella conduzione e realizzazione dell'opera che lo stesso rimane destinatario degli obblighi assunti dall'appaltatore, compreso quello di controllare direttamente le condizioni di sicurezza del cantiere.

³ Cass., Sez. IV, 21.01.2020, n. 15760, in DJG.

svolte dall'appaltatore caratterizzato dall'organizzazione dei mezzi necessari e dalla gestione a proprio rischio (art. 1655 c.c.).

Eppure, non si contano più le ipotesi di *culpa in eligendo* e, soprattutto, di *culpa in vigilando* capaci di coinvolgere il committente – definito persino quale «perno intorno al quale ruota la sicurezza nei cantieri»⁴ – nel processo di attribuzione delle responsabilità per infortuni sul lavoro dovuti a rischi anche non interferenziali, a dispetto di poteri decisionali e di spesa indiretti e limitati al mero esercizio di prerogative contrattuali (dall'autorizzazione al subappalto, alla sospensione dei lavori o all'applicazione di penali sino alla risoluzione) o doveri per lo più riducibili a cooperazione, controllo e coordinamento.

La sensazione è quella di un'indebita importazione in sede penale degli schemi della solidarietà passiva già applicati alla responsabilità civile del committente (ad esempio in materia di contribuzione previdenziale), almeno dove si legge che la rilevanza concorsuale della sua omissione deriverebbe al principio generalissimo del nostro ordinamento secondo cui *ubi commoda ibi incommoda*⁵ ovvero si liquida la differenza tra obblighi di verifica e di garanzia come questione attinente ad una “variazione puramente terminologica”⁶.

Del resto, analogo *trend* si è di recente esteso alla materia dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro laddove al committente si è addebitata, sia pur al fine dell'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria dell'art. 34 d.lgs. 159/2011, un'agevolazione colposa del reato altrui⁷, a conferma di quanto lo si ritenga “parte forte” del rapporto contrattuale tenuto a prevenire reati commessi nell'esercizio di attività comunque destinate a soddisfare i propri interessi.

2. Dalla prassi alla teoria: la distinzione tra posizioni di garanzia “primarie” e “secondarie” e il concorso per “intreccio cooperativo”.

Passando al piano teorico, sul committente risulta costruita una posizione di garanzia “forte”⁸ che finisce per obliterare la differenza tra contenuto impeditivo e contenitivo dei diversi obblighi previsti a suo carico dal d.lgs. 81/2008, innalzando lo standard comportamentale in spregio della ripartizione dei rischi tra i soggetti a vario titolo coinvolti nello svolgimento dell'appalto (coordinatori, appaltatori, subappaltatori).

⁴ Così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 30.06.2018, n. 26121, in *DJG*. In precedenza Cass., Sez. IV, 20.11.2009, n. 1490, in *Guida al dir.*, 21, 2010, 82; Sez. IV, 17.01.2008, n. 13917, in *Cass. pen.*, 2009, 717; Sez. III, 7.07.2003, n. 28774, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 884.

⁵ Cass., Sez. IV, 6.12.2007, n. 7714, in *DJG*.

⁶ Cass., Sez. IV, 9.07.2008, n. 38002, in *Guida al dir.*, 45, 2008, 83; Sez. III, 12.10.2004, n. 39689, in *DJG*.

⁷ Cfr. Trib. Milano, Sez. Misure di prevenzione, decreti del 3.04.2024 e del 6.06.2024, in *Giurisprudenza Penale Web*, rispettivamente 11.04.2024 e 14.06.2024.

⁸ Per riprendere una terminologia di recente utilizzata da R. BARTOLI, [Responsabilità penale per colpa in montagna: problematiche dogmatiche](#), in questa *Rivista*, 18.01.2024.

Ciò comporta la tendenza a contestare una causalità omissiva implicita nella titolarità di obblighi prevenzionali, trascurando la ricostruzione del concreto decorso degli eventi quanto la valutazione dell'efficacia del comportamento alternativo lecito o dell'eventuale rilevanza interruttiva dell'altrui cooperazione colposa⁹, senza peraltro riconoscere alcun peso alla regolamentazione contrattuale dei rapporti con l'appaltatore.

Si avverte dunque l'esigenza di ricondurre la responsabilità penale entro i limiti imposti dal rispetto del principio di personalità, partendo dalla ricostruzione distinta e separata degli obblighi di garanzia e di quelli cautelari¹⁰, senza incorrere in indebite sovrapposizioni o, tantomeno, ricadere in accertamenti presuntivi.

Se, infatti, il committente è coinvolto nella garanzia della sicurezza di lavori in appalto trattandosi di colui che *in primis* concepisce, programma e finanzia l'opera, diversamente si atteggiavano tipologia, contenuti e modalità di adempimento dei suoi obblighi di verifica, vigilanza, cooperazione e coordinamento in tema di appalto endoaziendale (art. 26, d.lgs. 81/2008) come di cantieri temporanei o mobili (art. 90, d.lgs. 81/2008): già sul piano ermeneutico non è pertanto possibile ricondurre indistintamente all'*unicum* dell'omesso impedimento dell'infortunio il mancato esercizio di poteri-doveri articolati su piani e livelli di efficacia distinti *ex lege*.

Al riguardo, sembrano potersi fissare alcuni punti fermi.

Anzitutto, diversa è la posizione del committente domestico e di quello professionale dovendosi tener conto del diverso livello di formazione e competenza esigibile dall'uno e dall'altro in relazione alla concreta capacità di conformarsi alla disciplina prevenzionistica¹¹ sotto il profilo della *mala electio* dell'appaltatore, dell'omesso controllo sulle lavorazioni e, tanto più, dell'eventuale assunzione di una responsabilità per mancata ingerenza a fronte di situazioni di pericolo.

Occorre poi ribadire due fondamentali distinzioni da cui trarre un principio, sia pur articolato secondo lo schema della "regola-eccezione".

La prima attiene alla differenza tra rischi *interferenziali*, generati dalla condivisione di un medesimo luogo di lavoro e rischi *specifici* connessi alle attività svolte dalle singole imprese esecutrici, cui corrisponde quella tra posizioni di garanzia *speciali* (del committente o del responsabile dei lavori o dei coordinatori per la progettazione o per l'esecuzione) e posizioni di garanzia *comuni* (dei datori di lavoro, dirigenti e preposti delle imprese appaltatrici).

La seconda - mutuata da un'impostazione già proposta a livello monografico per la ricostruzione degli obblighi datoriali in materia di sicurezza sul lavoro¹² - riguarda

⁹ In tema v., per tutti, M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 32 ss.; M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2011, pp. 383 ss.

¹⁰ Sulla quale valga il rinvio, fra i tanti, a A. GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, pp. 635 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, Padova, 1993, p. 96.

¹¹ Cass. Sez. IV, 21.04.2021, n. 26335, cit.

¹² D. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011,

l'individuazione di possibili posizioni di garanzia "secondarie" nelle quali al committente può addebitarsi, se non altro a titolo di concorso, la violazione di doveri *relazionali*, per lo più sinergici o complementari, tendenzialmente estranei all'area di rischio nella quale rientra il singolo infortunio e ai quali corrispondono poteri ad efficacia impeditiva indiretta e posizioni di garanzia "primarie" che consentono invece l'ascrizione del mancato impedimento dell'evento *hit et nunc* a fronte della titolarità di poteri e doveri ad efficacia impeditiva diretta¹³.

Da queste distinzioni sarebbe così desumibile il principio in base al quale il committente non risponde dell'infortunio che rappresenti la concretizzazione di un rischio comune ovvero non rientrante nell'ambito di poteri e doveri non direttamente impeditivi, salvo casi eccezionali caratterizzati dalla violazione di doveri speciali di intervento derivanti dalla manifesta inadeguatezza della configurazione dell'appalto o dello stesso appaltatore e/o subappaltatore o, comunque, da situazioni di pericolo di immediata percepibilità.

Infine, va considerata la funzione incriminatrice accordata all'art. 113 c.p. dalla giurisprudenza¹⁴ secondo cui l'"intreccio cooperativo" nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di omissioni che, per quanto incomplete o di semplice partecipazione, si compenetrano con altre condotte tipiche, mutuando da questa necessaria interazione il criterio di valutazione della loro efficacia causale e della loro natura colposa in deroga, rispettivamente, al principio condizionalistico e a quelli di affidamento e autoresponsabilità¹⁵. Con riguardo al committente, l'estensione dei limiti

spec. pp. 1 ss.

¹³ Sulla distinzione tra cautela relazionale e dovere impeditivo in senso stretto v., da ultimo, F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, pp. 178 ss., il quale rileva come, per l'effetto, il dovere di coordinarsi con altri non integra, di per sé, obbligo di impedimento dell'altrui reato colposo (180); in precedenza, sulle possibili differenziazioni del "potere impeditivo" C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 7, 1, 2012, pp. 657 ss. Di recente, sottolinea invece la rilevanza in materia di sicurezza sul lavoro di posizioni di garanzia plurisoggettive, frazionate e strumentali, invero rilevanti già a prescindere dalla combinazione con l'art. 113 c.p., A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022, pp. 114 ss., spec. 116 e 212 ss.

¹⁴ In passato cfr. Cass., Sez. IV, 16.01.2009, n. 1786, in *DJG* ripresa, ad esempio, da Cass., Sez. IV, 17.01.2012, n. 1728 o Sez. IV, 9.02.2018, n. 6499, tutte.

¹⁵ Così, in relazione alla sentenza Thyssenkrupp (Cass., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, 426 ss., con nota di K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*), R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2023, pp. 321-326 e A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., pp. 97 ss.; nonché, con riguardo alla fenomenologia della cooperazione colposa, anche alla luce del caso relativo al disastro di Viareggio (Cass., Sez. IV, 8.01.2021, n. 32899, in questa *Rivista*, 9.11.2021, con nota illustrativa di P. BRAMBILLA, [Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione](#)), F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 163 ss., 215 e 410 ss.; G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Leg. Pen.*, 3.02.2020, pp. 1 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli, 2020, pp. 234 ss.; G. LOSAPPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa*, Bari, 2012, pp. 139 ss.; A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 469. In precedenza, sull'evoluzione del concorso per omissione, v., tra i tanti, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pp. 402 ss.; A. MASSARO,

della posizione di garanzia così come del regime cautelare deriverebbe, peraltro, non solo dall'interazione *de facto* con altri soggetti (coordinatori, datori di lavoro, dirigenti o preposti dell'appaltatore, etc.) ma ancor prima dalla stessa imposizione di obblighi *relazionali* di informazione, cooperazione, coordinamento e vigilanza in base ai quali si articola una conseguente pretesa ad agire tenendo conto del ruolo e dell'operato altrui¹⁶.

3. Le ricadute sulla responsabilità del committente: tra regola ed eccezioni.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 40 cpv. c.p. il committente assume una posizione di garanzia *primaria* rispetto: *a)* alla configurazione dell'ambiente di lavoro di lavoro rientrante nella propria disponibilità¹⁷, dalla individuazione dei luoghi interni (art. 26, d.lgs. 81/2008) alla delimitazione del cantiere temporaneo mobile (art. 89, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. 81/2008), sino alla regolamentazione del relativo accesso in condizioni di sicurezza¹⁸; *b)* al *risk assessment* sulla normativa applicabile e sugli adempimenti connessi, non potendo invocare altrimenti a propria discolpa situazioni di ignoranza o erronea interpretazione di norme integratrici del precetto penale, ai sensi dell'art. 5 c.p.; *c)* alla valutazione, formalizzazione e gestione dei rischi interferenziali in termini di elaborazione documentale¹⁹, informazione dettagliata²⁰ ovvero direttive o istruzioni specifiche per l'uso di attrezzature o strutture comuni.

In questi casi, il committente può essere chiamato a rispondere per omesso impedimento ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. rimanendo lui il gestore del rischio che si concretizza nell'evento infortunistico, sia pur eventualmente mediato dall'agire altrui.

A livello *relazionale* al committente spetta invece di valutare le qualità dell'impresa e di gestire i rischi interferenziali, sviluppando un'interazione con l'altrui organizzazione che lo vede "dietro" la garanzia primaria espressa da datori di lavoro,

La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui, Napoli, 2013, pp. 244 ss.; P. SEMERARO, *Il concorso mediante omissione, nel reato*, in *Ind. Pen.*, 9, 2, 2006, pp. 584 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, pp. 58 ss. Di recente, analogo principio ha condotto alla singolare affermazione di una responsabilità penale per infortunio sul lavoro del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza a prescindere dalla sussistenza di una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. (Cass., Sez. IV, 25 settembre 2023, n. 38914, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5.10.2023 su cui v. R. PALAVERA, *Fiducia e deterrenza: due paradigmi compatibili? Note in margine all'affermazione di responsabilità del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2023, pp. 68 ss.).

¹⁶ In generale, sulla rilevanza di questi obblighi sinergici e complementari, accessori o eterotropi, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2001, pp. 175 ss. e 540 ss.; nell'ambito delle organizzazioni complesse, M. RONCO – E. MEZZETTI – E.M. AMBROSETTI, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, pp. 114 ss.

¹⁷ Dovendosi intendere, secondo quanto precisato da Cass., Sez. IV, 6.05.2024, n. 17679, in *DJG*, quello «al cui interno si svolgono prestazioni lavorative e si concretizza, quindi, un rischio connesso all'esercizio dell'attività di impresa».

¹⁸ Cass., Sez. IV, 29.01.2021, n. 5802, in *DJG*.

¹⁹ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., pp. 109 ss.

²⁰ Sulla necessità, a tal fine, di effettuare un'apposita riunione di coordinamento v. Cass., Sez. IV, 8.05.2008, n. 26115, in *DJG*.

dirigenti o preposti dell'appaltatore e solo eccezionalmente può condurre a una (cor)responsabilità per l'infortunio, dovendosi distinguere i casi di mera *colpa* da quelli di autentica *cooperazione* nel delitto colposo.

4. La verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore tra controlli sostanziali e manifesta inadeguatezza.

Stante il rinvio disposto dagli artt. 26, comma 1, lett. a) e 90, comma 9, lett. a), d.lgs. 81/2008, quella del committente è una verifica *ex ante*, per lo più documentale e standardizzata su modalità predefinite all'Allegato XVII, avente ad oggetto l'adeguatezza dell'impresa in relazione al possesso di corrispondenti capacità organizzative e di specifica formazione²¹, rispetto alla quale, per quanto non si limiti a constatazione formale richiedendo un controllo sostanziale²², ogni infortunio realizzatosi accidentalmente nello svolgimento delle attività non necessariamente rientra nella corrispondente area di rischio²³. Così come mai potrebbe desumersi l'inidoneità tecnica dell'appaltatore dalla realizzazione del sinistro a prescindere da specifica motivazione del giudice²⁴.

A differenza della responsabilità civile verso terzi²⁵, solo una *culpa in eligendo* qualificata dalla mancata attivazione di strumenti cautelari *ad hoc* mediante indagine approfondita sulle caratteristiche dell'impresa appaltatrice²⁶, sulle misure statiche e procedurali a garanzia della sicurezza, indipendentemente dall'obbligo contravvenzionale²⁷, potrebbe dar luogo a un addebito in sede penale dell'infortunio verificatosi per effetto della palese oggettiva inadeguatezza della scelta condotta, ad

²¹ Artt. 89, comma 1, lett. l) e 97, comma 3-ter, d.lgs. 81/2008. Peraltro, a partire dal 1° ottobre 2024 nell'ambito di questa verifica rientra il possesso, la decurtazione o la revoca della patente a punti ai sensi degli artt. 27 e 90 comma 4 d.lgs. 81/2008 (come modificati dall'art. 29, comma 19, rispettivamente lett. a) e b), D.L. 19/2024 convertito con L. 56/2024) introdotta per imprese o lavoratori autonomi di cantiere, ad esclusione di coloro che effettuano mere forniture o prestazioni di natura intellettuale o sono titolari di attestazioni SOA: per un primo commento v. D. PIVA, *Ripenalizzazione dell'appalto illecito: vuoti normativi e necessità di coordinamento*, in *Dir. Prat. Lav.*, 15/2024, pp. 928 ss.; M. CHILOSI – M. RICCARDI, *Il decreto PNRR-bis in materia lavoristica e prevenzionistica. Una riforma che dimentica il D.Lgs. 231/2001*, in «aadv231.it», 7 marzo 2024.

²² Cass., Sez. IV, 7.03.2024, n. 16862; Sez. IV, 22.09.2020, n. 28728; Sez. IV, 9.02.2016, n. 23171; Sez. III, 26.04.2016, n. 35185; Sez. IV, 21.01.2020, n. 3898, tutte in DJG. Sul punto, V. VALENTINI, *Lavori in appalto*, in D. CASTRINUOVO – F. CURI – S. TORDINI CAGLI – V. TORRE – V. VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, p. 416; F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino, 2024, p. 294.

²³ Si rinvia a D. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., pp. 72 ss.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 20.03.2019, n. 37761, in DJG.

²⁵ Cass. civ., Sez. II, 25.01.2016, n. 1234, in DJG.

²⁶ Tale da includere, eventualmente, anche elementi diversi rispetto a quelli previsti dall'Allegato XVII al d.lgs. 81/2008 quali criteri ulteriori di scelta (obbligatori o preferenziali) come l'informativa sull'adozione o meno di modelli organizzativi ex art. 30, d.lgs. 81/2008 o il possesso di certificazioni (es. ISO 45001), condanne o procedimenti penali pendenti ovvero misure interdittive ex d.lgs. 231/2001, prescrizioni impartite da organi di vigilanza, etc.

²⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 107.

esempio, secondo criteri di mera economicità²⁸ a favore di soggetti che svolgono attività diverse da quelle oggetto di appalto²⁹ ovvero senza specifica e documentata valutazione sulla congruità dei costi per la sicurezza³⁰, ovvero acquisizione dei titoli abilitativi speciali eventualmente richiesti dalla natura delle prestazioni.

In tutti questi casi, infatti, l'evento dovuto alla mancanza di misure di tutela o alla mancata formazione dei lavoratori costituisce la concretizzazione del rischio da *mala electio* cui corrisponde un dovere di intervento del committente sotto forma di sospensione di lavori, risoluzione del contratto e sostituzione dell'appaltatore³¹.

Peraltro, ai fini di una completa valutazione di eventuali "indici" di grave inadeguatezza dell'appaltatore, potrebbe pure valutarsi, previo coinvolgimento del servizio di prevenzione e protezione, l'acquisizione di informazioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa se non l'adozione di criteri preferenziali di selezione (basati, ad esempio, sull'implementazione di modelli organizzativi, sul possesso di certificazioni, sulla mancata applicazione di sanzioni interdittive *ex* d.lgs. 231/2001, sulla pendenza di procedimenti penali per infortuni sul lavoro o di prescrizioni imposte dall'autorità di vigilanza, etc.).

Altra verifica che il committente è tenuto a svolgere è quella circa la valutazione da parte dell'appaltatore della idoneità tecnico-professionale di subappaltatori e la corresponsione senza alcun ribasso dei costi per la sicurezza³², cui *deve* essere subordinata l'autorizzazione al subappalto medesimo ai sensi dell'art. 1656 c.c.: anche in questo caso, non si tratta di attività solo documentale bensì contenutistica che ben potrebbe replicare i medesimi controlli previsti sull'appaltatore, potendo determinare, a parità di condizioni, un dovere di vietare il subappalto se non quello di individuare, al momento della configurazione dell'appalto o della individuazione del cantiere, singole prestazioni che, in ragione della loro particolare complessità, siano contrattualmente sottratte alla facoltà di subappalto al fine di rafforzare il controllo e assicurare una tutela più intensa delle condizioni di lavoro così come previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 119, comma 17, d.lgs. 36/2023).

5. Cooperazione e coordinamento tra "supercontrollo" e vizi di "immediata percepibilità".

Si tratta di obblighi che rinviano all'elaborazione di documenti volti ad eliminare o, ove ciò non sia possibile, a ridurre al minimo i rischi da interferenze e non già a disciplinare le concrete modalità di svolgimento delle lavorazioni o tantomeno intervenire in supplenza dell'appaltatore che, per qualsiasi ragione, ometta di adottare misure di prevenzione prescritte a tutela esclusiva dei propri lavoratori. Di regola, non

²⁸ Cass., Sez. IV, 9.05.2023, n. 37802, in *DJG*.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. IV, 15.05.2019, n. 26898 o Sez. III, 10.05.2024, n. 12839, entrambe in *DJG*.

³⁰ Previsti dall'art. 26, comma 5, d.lgs. 81/2008, a pena di nullità dell'appalto

³¹ Cass., Sez. IV, 21.04.2021, n. 26335, cit.

³² Cfr. artt. 100, comma 6-bis e 97 comma 3-bis d.lgs. 81/2008.

vi è infatti alcun dovere di ingerenza ma semmai solo di richiamo al rispetto delle regole di sicurezza, di attivazione dei controlli previsti dalla disciplina sull'appalto (art. 1662 c.c.) o, tutt'al più, di eventuale richiesta collaborazione nell'ambito di attività a rischio "trasversale" come, ad esempio, la cura di condizioni di rimozione di materiali pericolosi (art. 97, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008.

Laddove si tratti di datore di lavoro-committente, gli obblighi assumono poi carattere spiccatamente "organizzativo", nei termini della pianificazione, programmazione e proceduralizzazione contrapponendosi a quelli di tipo "operativo" dell'appaltatore, il quale adotta piuttosto le misure previste nel proprio DVR o nel POS verificandone eventualmente la congruità con quelli delle diverse imprese esecutrici³³.

In particolare, per assolvere ai propri compiti il committente può limitarsi alla nomina di un responsabile dei lavori che lo esonera da responsabilità limitatamente all'oggetto dell'incarico³⁴ oppure alla designazione dei coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione nel caso di compresenza, anche non contemporanea, in cantiere di una pluralità di imprese esecutrici³⁵ e alla corrispondente vigilanza³⁶.

Per il resto – premesso che con riguardo al responsabile dei lavori neppure è previsto alcun obbligo di vigilanza³⁷, non essendo assimilabile la sua nomina a una delega di funzioni ai sensi dell'art. 16, d.lgs. 81/2008³⁸ – la violazione del dovere di controllo sui coordinatori, di per sé, non si presta a integrare i canoni dell'imputazione per omesso impedimento colposo dell'infortunio. In primo luogo, perché esso ha ad oggetto l'esercizio di competenze tecniche *ex* artt. 91 e 92 d.lgs. 81/2008 da parte di chi, essendone sprovvisto, è chiamato a provvedere a mere funzioni di nomina ma non di sostituzione, salvo il possesso dei corrispondenti requisiti di professionalità richiesti: di qui l'atecnicità della verifica che può esaurire il suo oggetto nella materiale esecuzione dei compiti gravanti sui coordinatori³⁹.

In secondo luogo, perché la legge impone un obbligo di verifica diverso da quello di impedimento che, limitatamente agli obblighi di cui all'art. 92, comma 1, lett. a) e b), si riduce alla "verifica della verifica" in ordine all'applicazione, da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi, delle disposizioni loro pertinenti contenute nel piano di sicurezza e coordinamento. In questo caso, dovrebbe tuttavia distinguersi l'ipotesi della mera *culpa in vigilando* connessa alla mancata sostituzione dei coordinatori

³³ Per una ricostruzione in questi termini della posizione del committente, in relazione agli obblighi di cooperazione e coordinamento, sia consentito il rinvio a D. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., pp. 107 ss.

³⁴ Artt. 89, comma 1, lett. c) e 91 comma 1, d.lgs. 81/2008.

³⁵ Art. 90, commi 3 e 4, d.lgs. 81/2008.

³⁶ Art. 93, comma 2, d.lgs. 81/2008.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 19.04.2019, n. 17223 o Cass., Sez. IV, 20.11.2009, n. 1490, entrambe in *DJG*.

³⁸ In tal senso F. CONSULICH, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., p. 296; V. VALENTINI, *Lavori in appalto*, cit., p. 418; nonché già D. PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, cit., pp. 113 ss. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 15.09.2009, n. 35630, Sez. IV, 22.09.2009, n. 36869 o Sez. IV, 25.01.2018, n. 10544, tutte in *DJG*; Sez. IV, 14.03.2008, n. 23090, in *Foro it.*, 2008, 413; Sez. I, 22.06.2006, n. 29149, in *ISL*, 2007, 306.

³⁹ Cfr. Cass., Sez. IV, 6.02.2018, n. 5477, in *DJG*.

o attivazione di rimedi contrattuali esperibili a fronte delle violazioni del piano di sicurezza e coordinamento quale parte integrante del contratto d'appalto⁴⁰ dai casi in cui si possa contestare il mancato esercizio di poteri ad effettiva idoneità impeditiva a seguito della preventiva conoscenza, nell'esercizio della sua funzione di controllo, di violazioni antinfortunistiche dei coordinatori, in modo da poter superare il giudizio controfattuale ipotetico circa la valenza impeditiva del comportamento alternativo lecito⁴¹. In terzo luogo, perché la vigilanza imposta al committente riguarda funzioni già di alta vigilanza proprie dei coordinatori che si riferiscono alla generale configurazione delle lavorazioni comportanti rischi *interferenziali* in rapporto alle prescrizioni del piano di sicurezza non anche al controllo momento per momento delle singole lavorazioni, demandato ad altre figure (datore di lavoro, dirigente, preposto delle singole imprese esecutrici)⁴², incluso il subappaltatore di opere parziali e specialistiche⁴³.

Se, dunque, dal committente non può esigersi un controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori⁴⁴, il singolo infortunio non rientra tipicamente nell'area di rischio che con gli obblighi dei coordinatori si intende prevenire (c.d. *concretizzazione del rischio*) e, nel contempo, rende impossibile accertare che l'adempimento di quel medesimo obbligo avrebbe escluso la possibilità del verificarsi dell'evento nel caso concreto (cd. *efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito*)⁴⁵.

Alla tendenziale irrilevanza ai sensi dell'art. 40 cpv. della violazione di obblighi relazionali fa eccezione il mancato intervento del committente a fronte di una situazione di pericolo "*immediatamente percepibile*" senza particolari indagini o competenze specialistiche ovvero tempestivamente segnalata, ad esempio dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 92, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008⁴⁶: i casi sono quelli della caduta dall'alto nell'ipotesi di lavori in quota per montaggio incompleto o difettoso di ponteggi⁴⁷, di cedimenti strutturali⁴⁸ ovvero di mancata segnalazione o cartellonistica⁴⁹, rispetto ai quali non sarebbe sufficiente al committente, specialmente ove presente in cantiere, l'aver impartito direttive da seguire senza averne controllato, con prudente e continua diligenza, la puntuale osservanza⁵⁰.

⁴⁰ Art. 100, comma 2, d.lgs. 81/2008.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. IV, 26.04.2022, n. 30398 e Sez. IV, 26.05.2022, n. 36044, entrambe in DJG.

⁴² Cfr. Cass., Sez. IV, 26.04.2023, n. 37479; Sez. IV, 11.12.2021, n. 7839; Sez. IV, 10.06.2021, n. 24915; Sez. IV, 16.02.2022, n. 32233; Sez. IV, 19.10.2020, n. 2293; Sez. IV, 15.02.2019, n. 17213; Sez. IV, 19.07.2018, n. 43852; Sez. IV, 14.09.2017, n. 34869; Sez. IV, 27.09.2016, n. 3288; Sez. IV, 12.11.2015, n. 46991; Sez. IV, 12.06.2013, n. 44977; Sez. IV, 21.04.2010, n. 18149; Sez. IV, 20.11.2009, n. 1490 (tutte in DJG).

⁴³ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., Sez. III, 11.01.2023, n. 5907, in DJG.

⁴⁴ Così, tra le tante, Cass., Sez. IV, 15.07.2015, n. 44131; Sez. IV, 20.03.2019, n. 37761; Sez. IV, 16.11.2016, n. 55180; Sez. IV, 2.12.2016, n. 27296 (tutte in DJG); Sez. IV, 21.04.2021, n. 26335, cit.

⁴⁵ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, 26.11.2020, n. 36438 o Sez. III, 26.04.2021, n. 35185, entrambe in DJG.

⁴⁶ Sulla parificazione dell'omessa sospensione all'omesso impedimento v. già Cass., Sez. IV, 13.03.2008, n. 17502, in *Riv. pen.*, 9, 2008, 888; Sez. IV, 9.07.2008, n. 38002, cit.

⁴⁷ Cass., Sez. IV, 7.03.2024, n. 16862 o Sez. IV, 16.11.2016, n. 55180, entrambe in DJG.

⁴⁸ Cass., Sez. IV, 21.09.2022, n. 39485, in DJG.

⁴⁹ Cass., Sez. IV, 9.05.2023, n. 37802, in DJG.

⁵⁰ Cfr., nel tempo, Cass., Sez. IV, 6.11.2007, n. 7714, cit.; Sez. IV, 22.06.2009, n. 26031, in DJG; Sez. III,

6. Conclusioni: dalla *culpa in eligendo atque vigilando* alla *colpa grave e organizzativa*.

Traendo spunto dalla casistica di riferimento, a fronte di una posizione di garanzia secondaria, rilevante *ex se* o quantomeno a titolo di cooperazione nel delitto colposo ai sensi dell'art. 113 c.p., la responsabilità del committente per l'infortunio sul lavoro potrebbe limitarsi, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, alle ipotesi di *colpa grave* desumibile dalla presenza di indici di pericolo derivanti da scelte consapevolmente o palesemente inadeguate ovvero da lacune di sicurezza macroscopiche o di immediata percepibilità che impongano l'esercizio di poteri-doveri di intervento eccezionale nelle attività autonomamente svolte dall'appaltatore o dalle imprese esecutrici di cantiere. Detto altrimenti, l'affermazione di una posizione di garanzia proiettata sulla necessaria interazione con l'altrui attività, ancorché priva di poteri impeditivi a efficacia diretta, risulterebbe in grado di includere l'omissione del committente nell'imputazione del singolo infortunio soltanto ove qualificata da un coefficiente soggettivo pregnante che ne attualizza un dovere di intervento.

In ogni caso, la valutazione circa l'adempimento degli obblighi da parte del committente dovrebbe poi muovere dalla considerazione del contesto imprenditoriale nel quale lo stesso operi a partire dall'articolazione delle competenze e dalla regolamentazione dei processi che lo rendono più un *organizzatore* che un *operatore*. Aniché valutare l'idoneità tecnico-funzionale dell'appaltatore o provvedere direttamente alla cooperazione e al coordinamento costui tenderà a adottare procedure *ad hoc* in cui si stabiliscono finalità, soggetti e compiti monitorandone adeguatezza, effettività ed efficienza.

La sua colpa assume così una dimensione tipicamente *organizzativa* ancorché pur sempre diretta all'eliminazione o riduzione al minimo dei rischi di infortunio e diversa da quella di *organizzazione* che ricade sull'ente ai sensi dell'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001 per mancata adozione o efficace attuazione di modelli organizzativi idonei ai sensi dell'art. 30, d.lgs. 81/2008⁵¹. Mentre quest'ultima, come ormai precisato anche dalla

15.10.2013, n. 42347, in *Giur. it.*, 2014, 700 ss.; Sez. IV, 28.11.2013, n. 1511, in *DJG*; Sez. IV, 13.02.2015, n. 22032, *ivi*; Sez. IV, 24.04.2016, n. 35185, *ivi*; Sez. IV, 10.01.2018, n. 7188, *ivi*; Sez. IV, 18.12.2019, n. 5946, *ivi*; Sez. IV, 21.09.2022, n. 39485, *ivi*.

⁵¹ Specie, per quanto d'impatto sugli obblighi del committente, lett. *b), e), f), g), h)* e commi 2, 3 e 4, d.lgs. 81/2008). Sulla distinzione tra colpa organizzativa dell'individuo e colpa di organizzazione dell'ente v. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., pp. 368 ss. e 384 ss. Nell'ampia letteratura in argomento A.F. TRIPODI, "Situazione organizzativa" e "colpa di organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, pp. 482 ss.; C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, pp. 167 ss.; A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità collettiva degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, pp. 267 ss.; C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione e di impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, pp. 161 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, pp. 435 ss.; C.E. PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in M. DONINI (a cura di), *Reato colposo (Enc. Dir.)*, Milano, 2021, pp. 70 ss.

giurisprudenza⁵², riguarda una fase propedeutica, pianificatoria, progettuale in quanto mira a neutralizzare il rischio normativo della realizzazione della classe dei reati infortunistici, tanto da potersi assimilare a una forma di precolpevolezza⁵³, la colpa del committente-persona fisica si inserisce nel contesto organizzativo generale a livello di regolamentazione puntuale e concreta dell'attività di altri che successivamente intervengono a livello operativo nella catena procedurale per la verifica dell'idoneità dell'appaltatore così come per l'attuazione dei diversi vincoli di cooperazione e coordinamento, creando le condizioni per errori, mancanze o omissioni da cui può infine derivare il singolo infortunio *hic et nunc*.

A prescindere dai casi più gravi di omessa standardizzazione del processo con cui il committente garantisce l'osservanza dei propri doveri prevenzionistici lasciati alla libera istaurazione di prassi aziendali non uniformi o persino *contra legem* o anche di suo mancato periodico riesame, vi rientrano, pertanto, le ipotesi in cui: non si assicuri il possesso di adeguata formazione da parte del personale chiamato a partecipare all'attuazione di cautele doverose (ad esempio consulenti, coordinatori, funzioni di *procurement*, *compliance*, *audit*, etc.); la procedura di qualifica dell'appaltatore si limiti a prevedere l'acquisizione di documenti o autodichiarazioni senza alcun obbligo di verifica sostanziale o di istruttoria suppletiva neppure laddove emergano indici dell'altrui inadeguatezza, né un controllo specifico sulla congruità dei costi per la sicurezza dell'appalto; non risultino adottate regole per l'attivazione di appalti o apertura di cantieri temporanei o mobili in termini di preventivo *risk assessment* o condivisa elaborazione di informative dettagliate; non sia garantita la preventiva individuazione di delegati o referenti per l'appalto muniti dei necessari poteri decisionali o di controllo ovvero il monitoraggio sull'andamento dei lavori mediante analisi di flussi informativi o, ancora, l'immediata sospensione dei lavori in caso di pericolo grave e imminente; non siano stabilite o applicate sanzioni disciplinari nei confronti di chi violi o eluda le regole che pure il committente abbia adottato.

Per arginare la proliferazione delle posizioni di garanzia secondarie del committente, per lo più mediante sovrapposizione con i suoi obblighi prevenzionistici, bisognerebbe dunque mitigare il ricorso alle formule della *culpa in eligendo* o *in vigilando*, ridotte a mere clausole di stile ove non trasfigurate in termini di inadeguato contenimento del rischio a livello procedurale, per stabilire i confini della cooperazione sulla base della condotta *organizzativa* del committente, della sua efficacia causale rispetto al singolo infortunio e della concreta possibilità di prevederlo, tenuto conto della garanzia primaria dell'appaltatore che pur vi si frappone e della conseguente necessità di delimitare il rimprovero a fattispecie di eccezionale gravità contrassegnate dalla consapevole sottovalutazione del rischio ovvero da situazioni di pericolo di immediata percepibilità, per quanto rimessa a motivata e specifica valutazione giudiziale.

⁵² Si allude a Cass., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, in *Sist. Pen.*, 27.06.2022, con nota di C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*.

⁵³ Sul punto, sia consentito un rinvio a quanto già in D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, pena e (pre)colpevolezza*, Napoli, 2020, pp. 412 ss.