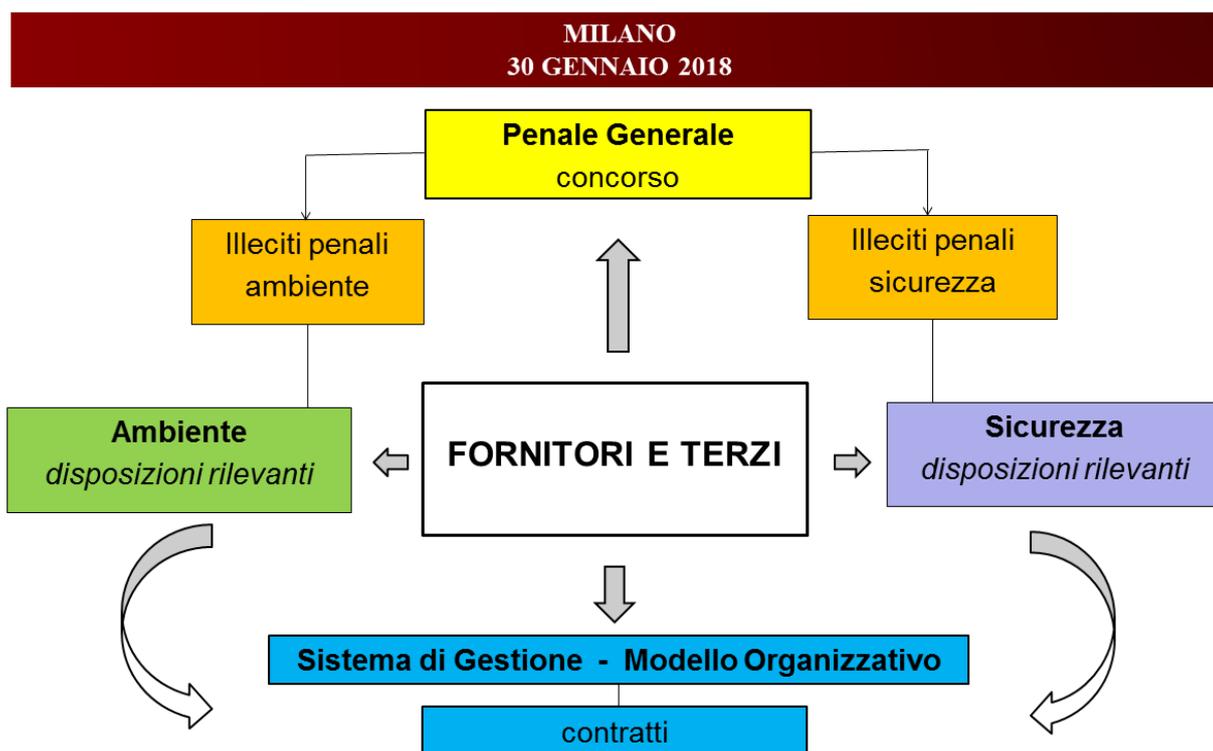


Speciale B&P

LA QUALIFICA E IL CONTROLLO DI FORNITORI E TERZI: AMBIENTE, SICUREZZA E RESPONSABILITÀ DI IMPRESA



INTRODUZIONE

Da qualche parte abbiamo forse letto che “**la responsabilità è personale**”. Da qui a pensare che possiamo avere problemi legali soltanto per ciò che abbiamo fatto direttamente, il passo sarebbe breve. Sarebbe però anche un passo sbagliato. Per le aziende, in particolare, la responsabilità può derivare anche da **omesse verifiche preventive o da omessa vigilanza successiva sui comportamenti dei fornitori e dei terzi in generale**.

Di questo si è occupato il convegno di B&P del 31 gennaio 2018 concentrandosi sugli aspetti dei quali il nostro Studio maggiormente si occupa: gli obblighi ambientali, la sicurezza sul lavoro e le responsabilità di impresa. Abbiamo affrontato questi temi mettendo in luce rischi e possibili sanzioni, ma anche le cautele e gli strumenti di prevenzione che è opportuno adottare da parte della direzione aziendale.

Pochissimi giorni prima della data del convegno, una **importante sentenza della Cassazione** ha confermato l'attualità del tema, non senza fornire qualche elemento di riflessione utile per contrastare indirizzi troppo fiscali degli organi di controllo e di parte della stessa giurisprudenza. Si tratta della sentenza della prima sezione penale della Cassazione n. 3623, depositata il 25 gennaio 2018 (Presidente Carcano, relatore Centonze, data dell'udienza pubblica 22 dicembre 2017). In questa decisione la Suprema Corte così si è testualmente espressa:

«La titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante» (che nel nostro caso potrebbe essere il committente) «imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso». Va quindi escluso qualsiasi «automatismo rispetto all'addebito di responsabilità penale».

Questa decisione conferma che il committente ha interesse ad organizzare la prevenzione in modo adeguato, al fine di poter dimostrare la propria assenza di responsabilità nel caso sfortunato in cui un incidente o un inquinamento si verifichi, coinvolgendo fornitori o terzi.

Come abbiamo indicato nel corso del convegno, occorrono una adeguata gestione delle problematiche ambientali e di sicurezza, il coordinamento dei vari documenti presenti in azienda ed estrema attenzione nella predisposizione dei contratti di appalto.

DIRITTO PENALE: PARTE GENERALE

La possibilità di rimproverare penalmente ad un soggetto - a determinate condizioni - di non aver impedito un reato altrui è un dato indiscutibilmente acquisito nell'esperienza giurisprudenziale che non ha mai trovato smentita alcuna nelle decisioni di legittimità, secondo le quali «*che l'obbligo di impedire i reati (...) sia idoneo a determinare fattispecie concorsuali, rappresenta un dato ormai certo, ...*» (Cass. Pen. 43273/2013.)

La **responsabilità per il mancato impedimento di un fatto illecito altrui** viene ricondotta nella cornice sistematica del reato omissivo improprio colposo - figura giuridica che affronta uno dei temi più complessi del diritto penale, ove il combinarsi dei concetti “**posizione di garanzia**” e “**obbligo di diligenza**” costituisce il banco di prova per la tenuta dei principi di legalità e di colpevolezza - riconoscendo la possibilità di imputare l'illecito altrui attraverso l'applicazione congiunta dell'art. 40 cpv. c.p. (ossia, non impedire



l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo) con la disciplina del concorso di persone nel reato e, in particolare, con gli art. 110 e 113 c.p.

In sintesi questo è il paradigma (giurisprudenziale) tipico: se nell'ambito del concorso punibile sono da ricondurre tutte le condotte che hanno avuto un'efficacia causale rispetto all'evento e il non impedimento di un evento – in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione – è equiparato alla sua attiva causazione, ne segue che il **non impedimento di un reato da parte del titolare di un obbligo di garanzia di tale contenuto deve essere considerato come una condotta di partecipazione punibile**.

Sulla base di tale assunto, occorre precisare che:

a) non ogni omissione è penalmente rilevante, ma unicamente quella che si pone come condizione necessaria o agevolatrice rispetto all'evento che si doveva evitare: in altre parole, l'evento da evitare deve rientrare nell'ambito di rischio che il precetto vuole contenere.

b) l'omissione significativa è solo quella tenuta dal soggetto che riveste un determinato ruolo nei confronti del titolare dell'interesse leso dall'evento: il c.d. obbligo di garanzia (inteso appunto come obbligo di impedimento dell'evento) che grava su coloro che sono funzionalmente collegati ad una determinata fonte di pericolo.

Se si volge lo sguardo ai **reati d'impresa** è assai frequente, soprattutto nella giurisprudenza di merito, il riconoscimento della responsabilità di amministratori (di fatto e di diritto, esecutivi e non) per non aver impedito il reato realizzato da altri soggetti interni all'ente.

Sul piano dell'elemento oggettivo dell'illecito penale, il Pubblico Ministero talvolta tende ad omettere la verifica della effettiva sussistenza e dell'idoneità impeditiva dei poteri attribuiti ai garanti: l'imputazione si risolve in una forma il rimprovero per non aver reso più difficile (o addirittura impossibile) all'esecutore del reato la sua realizzazione. Sul piano dell'elemento soggettivo tutto l'accertamento è incentrato sulla c.d. teoria dei segnali d'allarme e sul paradigma del "**non poteva non sapere**".

Le ragioni di tali disfunzioni nascono dalla netta dicotomia che esiste tra il diritto penale classico (quello dei reati comuni) - sulla base del quale i principi sopra esposti sono stati elaborati - ed il diritto penale economico. Lo **schema della responsabilità**, segue infatti due modelli antitetici:

✓ Nel diritto penale classico

si prevede - nella maggior parte delle fattispecie -: **(a)** una responsabilità individuale; **(b)** una realizzazione monosoggettiva della condotta tipica; **(c)** una condotta tendenzialmente commissiva; **(d)** di danno; **(e)** e, per ascrivere soggettivamente l'illecito, «un dato psichico di natura reale».

✓ Nel reato economico

tutto è sostanzialmente rovesciato: **(a)** tipica è la responsabilità collettiva; **(b)** la natura necessariamente organizzata e gerarchizzata delle realtà societarie moderne rende spesso priva di senso la ricerca di una condotta individuale principale, alla quale fare accedere le condotte individuali secondarie; **(c)** vi è piena interscambiabilità tra fare ed omettere tanto che la responsabilità omissiva diviene la regola e non l'eccezione nell'ambito di un più complesso comportamento collettivo, rispetto al quale assume significato soltanto la distinzione per "ruolo" e per "sfera di rischio"; **(d)** prevalgono i reati modellati sul pericolo astratto e i reati d'obbligo; **(e)** lo stesso elemento soggettivo perde la sua connotazione di dato psichico reale e si sostanzia in un rimprovero per non avere tenuto la condotta attesa dall'ordinamento.



Una corretta gestione della responsabilità aziendale passa, dunque, attraverso:

a) in sede organizzativa:

- i.** l'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, il quale si fonda su una norma che espressamente e precisamente impone un dovere di impedimento; circostanza che permette di individuare con sufficiente chiarezza tanto il garante quanto l'evento da scongiurare;
- ii.** l'identificazione dei poteri impeditivi, ossia quelle facoltà tipizzate dalla fonte creatrice dell'obbligo giuridico e correlate alla specifica posizione di garante;

b) in sede processuale:

- iii.** la rigorosa prova del nesso di causalità secondo il modello di accertamento indicato dalla più moderna (ancorché spesso disattesa giurisprudenza)
- iv.** il recupero del momento volitivo del controllore, attraverso l'individuazione dei suoi possibili criteri di accertamento.

**DIRITTO PENALE: CASISTICA RILEVANTE
IN MATERIA DI AMBIENTE E SICUREZZA**

Quanto sopra delineato rende evidente come i processi instaurati in materia di ambiente e sicurezza costituiscano terreno d'elezione del fenomeno della moltiplicazione delle responsabilità tra tutti i soggetti che a vario titolo sono coinvolti nell'attività di gestione ambientale piuttosto che nell'esecuzione di un appalto d'opera o servizi dai quali siano scaturite violazioni della normativa di settore. Ciò deriva dal binomio costituito dalla "molteplicità di regole cautelari e correlativi obblighi di controllo" sussistenti nei settori dell'ambiente e della sicurezza, da un lato, e dal "criterio di imputazione della responsabilità a titolo concorsuale", dall'altro.

La conseguenza è il coinvolgimento di una pluralità di soggetti non solo in relazione a qualcosa che è stato fatto (condotta attiva, es. trattamento di un rifiuto che non poteva essere gestito) ma, altresì, e soprattutto in relazione a qualcosa che non si è fatto (condotta omissiva, es. omessa verifica di un titolo autorizzativo, dell'acquisizione del DUVR, del POS od omessa verifica della relativa idoneità, ecc). Per comprendere la trasversalità della problematica è opportuno **calarsi nella prospettiva di ciascuno dei soggetti della filiera**. Si sono selezionati, a tale scopo, i casi ritenuti maggiormente significativi conosciuti, direttamente o indirettamente, nel corso dell'attività professionale.

IL PRODUTTORE DEL RIFIUTO

La prima ipotesi vede il coinvolgimento del produttore per l'attività di gestione illecita posta in essere dallo smaltitore in relazione all'omessa verifica, da parte del primo, della perdurante efficacia dell'autorizzazione al momento del conferimento. La Procura aveva ipotizzato l'illecito di cui agli artt. 113, 256 comma 1 d.lg. n. 152/2006 commesso dal titolare dell'impianto di smaltimento di rifiuti, con la cooperazione colposa del gestore di una società produttrice di rifiuti contenenti olii, soluzioni acquose di lavaggio e fanghi con sostanze pericolose. In concreto si contestava il conferimento di rifiuti ad un impianto che non aveva titolo a riceverli in quanto l'autorizzazione era stata revocata.



L'ACQUIRENTE DEL SOTTOPIRODOTTO

La seconda ipotesi vede il coinvolgimento dell'acquirente di sfridi di materia plastica per l'erronea qualificazione da parte del produttore del materiale commercializzato come *sottoprodotto* anziché come *rifiuto*. In questo caso la Procura aveva ipotizzato l'illecito di cui agli artt. 113, 256 comma 1 d.lg. n. 152/2006 commesso del titolare di una società attiva nella lavorazione della plastica (produttore/venditore), con la cooperazione colposa di una società a sua volta attiva nella trasformazione, attraverso riduzione volumetrica (acquirente), di materia plastica. Il presupposto della contestazione era da individuarsi nella circostanza che i materiali acquistati dovessero qualificarsi come rifiuti, non già come sottoprodotti da parte del produttore, non risultando provata la condizione di cui all'art. 184 bis lett. d) d.lg. n. 152/2006 con riferimento alla percentuale di impurezza presente nel materiale.

IL CONFERITORE, LO SMALTITORE, IL LABORATORIO DI ANALISI

La terza ipotesi vede il coinvolgimento di tutti i soggetti della filiera per l'erronea qualificazione dei rifiuti con codice a specchio da parte del laboratorio analitico. La prospettazione accusatoria era quella di cui agli artt. 110 c.p. e 260 d.lg. n. 152/2006 ovvero concorso nell'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti. Il fatto contestato era inerente al conferimento di rifiuti trattati con codice CER "a specchio" e qualificati come non pericolosi in ragione di analisi asseritamente incomplete con la consapevolezza di tale parzialità da parte di tutti i soggetti coinvolti.

LO SMALTITORE DEL RIFIUTO

La quarta ipotesi vede il coinvolgimento dello smaltitore quale conseguenza indiretta di un provvedimento della P.A. per l'inquinamento ambientale delle acque di falda superficiali. La Procura aveva contestato i reati di cui agli artt. 452-terdecies e 452-bis c.p. ovvero di omessa bonifica e di inquinamento della matrice "acqua" al gestore di una discarica di rifiuti non pericolosi. Fondamento della prospettazione era da individuarsi nel contributo concausale arrecato al fenomeno di inquinamento in conseguenza del ritardo nell'attuazione del progetto di bonifica da parte del gestore. Progetto divenuto insostenibile a causa di un provvedimento della P.A. che aveva inciso, facendola venire meno, su una delle condizioni necessarie per il completamento del progetto stesso. La peculiarità del caso si coglie, altresì, in relazione a due ulteriori profili legati al protrarsi nel tempo del fatto. La Procura ha infatti cumulato: **(i)** nei diversi procedimenti penali instaurati, le qualificazioni giuridiche di omessa bonifica di cui all'art. 257 TUA, quindi nella forma del meno grave reato contravvenzionale, e quella di omessa bonifica di cui all'art. 452-terdecies, nella forma più grave del delitto, e di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-bis c.p.; **(ii)** le contestazioni a carico dei soggetti che, nel tempo, si sono succedute nella rappresentanza della società e che hanno assunto le posizioni di garanzia a tutela del bene ambiente.

IL SUBAPPALTANTE

Questa ipotesi vede il coinvolgimento dell'appaltatore/subappaltante per l'omessa verifica dell'adeguatezza e congruità del POS della subappaltatrice. La Procura aveva contestato il reato di cui agli artt. 113, 589 commi 1 e 2 c.p. nei confronti della società affidataria dei lavori di esecuzione di un'opera stradale in cooperazione colposa con il CSE (coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione) e la ditta subappaltatrice in relazione all'infortunio mortale occorso ad un dipendente di quest'ultima. Nel caso concreto la committente aveva appaltato l'esecuzione dell'opera all'appaltatore il quale, a sua volta, aveva subappaltato una



specifica fase delle lavorazioni nel corso delle quali si era verificato l'evento. Fondamento della prospettazione era da individuarsi nella genericità e acriticità rispetto alla specifica fase lavorativa del POS della ditta subappaltatrice. Inadeguatezza documentale che la ditta subappaltante non ha valutato prima della trasmissione del documento al CSE.

IL COMMITTENTE

L'ultima ipotesi vede il coinvolgimento della società committente per l'infortunio occorso ad un dipendente della società appaltatrice dei lavori di manutenzione di un proprio fabbricato. La contestazione era relativa al reato di cui agli artt. 113, 590 commi 1 e 3 c.p., ovvero di lesioni colpose aggravate dalla violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro a seguito della caduta dall'impalcatura, messa a disposizione dalla stessa società committente, di un dipendente della ditta appaltatrice. Presupposto della contestazione era l'ingerenza del committente nei confronti dell'attività di manutenzione affidata all'appaltatore concretizzatasi sia nella fornitura di attrezzatura (l'impalcatura), peraltro risultata inidonea, sia nella impartizione di direttive operative sul montaggio della stessa.

AMBIENTE: SITUAZIONI RILEVANTI

Il nostro sistema giuridico ambientale ha caratteristiche peculiari: **i)** è fondato su provvedimenti di norma espressi (vale a dire formalizzati dagli Enti Pubblici) per l'esercizio di attività; **ii)** pone rilevanti obblighi in capo al gestore dell'attività, contenuti nelle disposizioni di legge, nei provvedimenti autorizzativi, nelle buone prassi operative e nella giurisprudenza di settore; **iii)** non delimita tuttavia gli oneri dei singoli operatori; **iv)** prevede rilevanti criteri di estensione della responsabilità; **v)** non individua in modo specifico figure operative e relativi ruoli. In tutto ciò, per gli operatori un rilevante coefficiente di rischio deriva dall'esterno, vale a dire dai rapporti con fornitori e terzi. Tra gli aspetti maggiormente critici riscontriamo per frequenza, magnitudo, rilevanza (in termini sanzionatori) ed effetti operativi i seguenti.

QUALIFICA DEI RESIDUI DI PRODUZIONE: IL SOTTOPRODOTTO

Gestire un residuo di produzione come *rifiuto* o *sottoprodotto* ha rilevanti impatti in termini di responsabilità, oneri gestionali e costi per le aziende. Per aversi *sottoprodotto*: **i)** deve trattarsi di residuo (né bene finale, né scarto) parte integrante del processo di produzione; **ii)** il riutilizzo deve essere certo; **iii)** non vanno svolti trattamenti diversi dalla normale pratica industriale; **iv)** l'utilizzo deve essere "legale", quindi conforme alle norme di gestione del materiale. Produttore e utilizzatore del *sottoprodotto* devono garantire e poter provare preventivamente il rispetto dei quattro requisiti (esplicitati dall'art. 184-bis d.lg. 152/2006 e oggi specificati da d.m. 264/2016 e Circolare Min. Amb. 7619/2017). Per far ciò, pur a fronte di una giurisprudenza ancora incerta (cfr. ad es. Cass. Pen. 17453/2012; 40109/2015; 41533/2017 sul tema della *normale pratica industriale*), **non devono mancare specifiche clausole contrattuali, documenti a supporto dei requisiti di legge e concrete modalità di gestione conformi alla natura di bene (e non di rifiuto) del residuo.**

INDIVIDUAZIONE DEL PRODUTTORE DEL RIFIUTO

In capo al produttore del rifiuto la normativa ambientale pone rilevanti oneri e connesse responsabilità. In molti casi (ad es. nel rapporto tra committente e appaltatore) individuare tale figura non è agevole. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi decenni



ha fornito spesso letture difformi, ed è del 2015 il più recente intervento normativo che, lungi dal fugare i dubbi interpretativi, ha generato ulteriore dibattito. Oggi possiamo identificare un “**produttore materiale**” (colui che ha materialmente prodotto il rifiuto) ed un “**produttore giuridico**” (colui al quale è “giuridicamente riferibile” la produzione) spesso, non sempre, coincidenti. Il discrimine è rappresentato dall’ingerenza del committente nell’attività dell’appaltatore (da non confondersi con il monitoraggio sull’esecuzione delle attività appaltate, anche se il confine è debole). Se l’appaltatore opera in piena autonomia gestionale ed operativa e ciò trova anche un riscontro contrattuale esso sarà a tutti gli effetti (materiali e giuridici) produttore del rifiuto; diversamente, come ad esempio ove il committente intervenga in fase di esecuzione delle attività al fine di individuare modalità operative di gestione del rifiuto (soggetti smaltitori, codici CER), esso potrà assumere la qualifica del produttore giuridico. Ad ingerenza, dunque, può corrispondere corresponsabilità.

LA RESPONSABILITÀ ESTESA NELLA GESTIONE DEL RIFIUTO

Di rilevante impatto nei rapporti azienda/terzi è anche il tema della responsabilità estesa nella gestione dei rifiuti (art. 188 d.lg. 152/2006), sino ad oggi sopravvissuto in ragione dell’improvvisa evoluzione del SISTRI (cfr. Cass. Pen. 34525/2017) ed esteso - a volte a dismisura - nell’operato della Magistratura. Esiste un limite all’estensione della responsabilità? Il produttore del rifiuto è responsabile «*dalla culla alla tomba*»? Questo criterio vale, anche, in senso inverso? Una risposta generale sarebbe, per sua natura, generica; ciò che in questo ambito rileva sono infatti le peculiarità dei casi concreti, che la giurisprudenza tende sempre più a valorizzare. Nondimeno, due aspetti sono comunque chiari: **i)** il produttore non può disinteressarsi della gestione altrui, ma deve effettuare una qualifica dei fornitori documentabile e garantire gli adempimenti formali e sostanziali di controllo richiesti per legge dalla specifica tipologia di attività; **ii)** non deve, tuttavia, ingerirsi, se non vuole divenirne partecipe.

CLASSIFICAZIONE DEI RIFIUTI E RAPPORTI CON LABORATORI E TERZI

L’erronea classificazione, e conseguente gestione, dei rifiuti coinvolge spesso, oltre a produttore, destinatario e trasportatore, anche i laboratori e consulenti tecnici chiamati a svolgere le verifiche di competenza. È un tema, dunque, in cui il rapporto con fornitori e terzi è centrale. In un contesto connotato da forte dato tecnico, complessità normativa e giurisprudenza in fermento (importanti questioni sono attualmente al vaglio della Corte di Giustizia europea), l’approccio non può che essere preventivo e supportato, anche in questo caso, da idoneo apparato documentale. Il tema centrale è infatti oggi l’eshaustività della classificazione. Per garantirla è necessario poter documentare i passaggi svolti per identificare genesi, caratteristiche, composizione del rifiuto e relativa pericolosità; attività, questa, che coinvolge l’azienda e i consulenti e che, se correttamente implementata, può permettere di supportare, in ogni sede, la validità della classificazione operata.

ATTIVITÀ DI MANUTENZIONE ED OUTSOURCING

Outsourcing e manutenzioni sono ambiti che, assai di frequente, generano criticità ambientali. Gestione dei rifiuti prodotti nelle attività; rispetto delle prescrizioni autorizzative cui lo stabilimento è soggetto; attuazione di idonee cautele ambientali nello svolgimento delle attività sono solo alcune delle casistiche rilevanti. Spesso, alla base del problema si trova un mancato confronto tra azienda e operatore terzo sui profili ambientali; nel contratto e nel confronto tra le parti si affrontano infatti in molti casi soltanto i profili commerciali. È



dunque fondamentale che i profili ambientali divengano parte integrante dei rapporti con *outsourcers* e manutentori e vengano adeguatamente disciplinati.

SICUREZZA SUL LAVORO: SITUAZIONI RILEVANTI

Quando si parla di **qualifica dei fornitori** in tema di salute e sicurezza sul lavoro, si pensa immediatamente agli **appalti c.d. interni e ai cantieri**. È noto come i primi si riferiscano a tutte quelle attività appaltate che, però, fanno parte del ciclo produttivo del committente o devono svolgersi all'interno dei suoi luoghi di lavoro, e individuano il "primo" soggetto garante nel "datore di lavoro committente"; i secondi riguardano i lavori elencati nell'Allegato X del d.lg. 81/2008 e individuano diversi soggetti garanti tra cui il "committente" (non necessariamente "datore di lavoro"), l'eventuale Responsabile Lavori e i Coordinatori.

I momenti della qualifica - prima - e delle modalità di gestione della esecuzione - poi - dei fornitori, rilevano, quindi e nella maggior parte dei casi, in sede di valutazione rispetto al coinvolgimento (o meno) di soggetti facenti parte dell'organigramma della "committenza". L'attenzione qui va, lo abbiamo detto, principalmente ai reati di lesioni e omicidio colposo per le conseguenze in termini di responsabilità che ne possono derivare, sia direttamente nei confronti delle persone fisiche che ricoprono quelle che abbiamo chiamato "posizioni di garanzia", sia indirettamente nei confronti della società (d.lg. 231/2001).

Non è inconsueta però, ed affatto trascurabile, la rilevanza di tali aspetti anche all'interno dell'azione risarcitoria (differenziale) del lavoratore o di quella di rivalsa dell'INAIL, costituendo il presupposto per l'attribuzione di una responsabilità alla committenza in caso sia di violazione di obblighi specifici sia di appalto non considerato "genuino" (con ulteriori rischi, in questo caso, di tipo giuslavoristico).

LA QUALIFICA

Il momento della qualifica del fornitore è ampiamente valorizzato in entrambe le fattispecie. Per gli appalti c.d. interni, l'art. 26 d.lgs. 81/2008 dispone che «*Il datore di lavoro : a) verifica l' idoneità tecnico professionale attraverso 1) acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio...; 2) acquisizione dell'autocertificazione ...*». Quanto ai cc.dd. Cantieri l'Allegato XVII del medesimo decreto (richiamato dall'art. 90) prevede che vengano richiesti anche «... **b) documento di valutazione dei rischi**; **c) documento unico di regolarità contributiva**; **d) dichiarazione di non essere oggetto di provvedimenti di sospensione o interdittivi di cui all'art. 14 ...**» e, per i lavoratori autonomi, anche (ma "almeno") «...**b) specifica documentazione attestante la conformità ... di macchine, attrezzature e opere provvisoria c) elenco dei dispositivi di protezione individuali in dotazione d) attestati inerenti la propria formazione e la relativa idoneità sanitaria** ...».

Innanzitutto e quanto all'**ambito di applicazione**: il legislatore, per gli **appalti interni**, non ha previsto l'obbligo di garanzia solo per l'affidamento di "lavori" in senso stretto e la giurisprudenza lo ha esteso espressamente ai "terzi" in senso ampio (non solo appaltatori, ma anche visitatori e ogni altro soggetto che si trovi nell'ambito di gestione e controllo del datore di lavoro "ospitante"). Preliminare attenzione, quindi, si dovrà riservare alla qualificazione del rapporto contrattuale (il noleggio spesso prevede anche la manutenzione, il contratto di trasporto non sempre è meramente tale ...).

L'idoneità del fornitore, poi, deve essere svolta rispetto, non solo alla sua capacità di eseguire l'incarico dal punto di vista "tecnico" ma anche di eseguirlo "in sicurezza". Su questo tema ci sono due errori che si possono



commettere e che possono poi rilevare negativamente nel processo: il primo, limitare la qualifica ai contratti di appalto in senso stretto ed eseguirla come fosse obbligo meramente formale, il secondo che essa sia appannaggio dell'ufficio acquisti.

L'acquisizione della documentazione elencata dalla normativa, infatti, non è esaustiva e non è un obbligo solo formale. La giurisprudenza ha più volte ribadito (già nel vigore dell'art. 7 d.lgs. 626/1994) che si configura «... *la responsabilità del committente qualora sia verificato in concreto che fosse da lui agevolmente percepibile il rischio derivante dall'inadeguatezza dell'organizzazione*»; nella fattispecie la Corte ha affermato che «*l'obbligo di accertarsi che la persona alla quale affida l'incarico sia, non solo munita dei titoli di idoneità prescritti dalla legge, come si evince dal riferimento, comunque non esclusivo, al certificato della Camera di Commercio, ma anche della capacità tecnica e professionale proporzionata al tipo di attività che deve esserle commissionata e alle concrete modalità di espletamento della stessa ... il ricorrente si sarebbe potuto rendere conto di tali carenze se avesse esaminato i documenti redatti ... ed avrebbe potuto verificare che l'impresa appaltatrice non aveva nominato un responsabile del servizio di prevenzione e protezione né aveva elaborato un adeguato documento di valutazione dei rischi, così come avrebbe agevolmente potuto verificare la carenza della formazione e informazione*» (Cass. Pen. 36268/2014).

L'acquisizione e la verifica deve quindi essere svolta su tutta la documentazione rilevante ai fini della completa qualifica di idoneità e deve essere svolta esaminando nel contenuto e nel merito la documentazione fornita. Ciò rileva, anche e peraltro, a fini giuslavoristici, per non incorrere in contestazioni relative alla genuinità dell'appalto (Circolare Min. Lav. 5/2011).

Ne discende, quindi, l'ulteriore esigenza (che contribuisce spesso a commettere il secondo errore) che l'ufficio acquisti collabori, nell'individuazione del fornitore, sia con le funzioni interessate dall'affidamento (che ben conoscono l'obiettivo dell'incarico e le condizioni nelle quali dovrà essere eseguito), sia con il servizio di prevenzione e protezione.

L'ESECUZIONE: TRA CONTROLLO ED INGERENZA

Le modalità esecutive diventano sempre più spesso argomento di approfondimento da parte dei giudici che, in ambito penale, vogliono accertare quali soggetti rivestivano, in concreto, le posizioni di garanzia contestate, mentre in ambito civile/lavoro sono chiamati ad accertare se il committente debba rispondere in quanto tale (ed eventualmente in solido) o in qualità di effettivo datore di lavoro.

Modalità esecutive errate dal punto di vista degli obblighi antinfortunistici devono essere verificate e, se del caso, impedito e sanzionate dal committente che, però, deve **evitare che tale "vigilanza" si trasformi in ingerenza**, fatta di direttive specifiche fornite direttamente ai lavoratori dell'appaltatore che possano, in qualche modo, far venire meno l'autonomia dello stesso con la conseguenza di far ricadere gli obblighi del datore di lavoro sul committente e sulla sua organizzazione.

Una simile evenienza, peraltro, porta con sé anche la completa inefficacia del sistema di deleghe di funzioni (art. 16 d.lgs. 81/2008) e la sostanziale inapplicabilità (e inefficacia) del "modello 231". Le fattispecie più comuni e a maggior rischio sono quelle dei servizi di manutenzione e dell'*outsourcing* (che si svolgono quindi in modo costante e all'interno del ciclo produttivo del committente).

BREVE CASISTICA E PRIME INDICAZIONI OPERATIVE

1) la visura CCIAA, acquisita in modo meramente formale, ha fatto emergere - solo in sede di valutazione successiva all'infortunio - che l'appaltatore **(i)** non aveva dipendenti ma esercitava con lavoratori somministrati con ogni conseguenza



sull'aumento del rischio, **(ii)** che aveva costituito la società poco prima della acquisizione dell'appalto e con sede all'estero con la conseguenza che, difficilmente, si sarebbe potuto sostenere di aver svolto una effettiva valutazione della sua idoneità tecnico professionale. Analogamente e in altro caso, era stata chiesta ulteriore documentazione rispetto a quella minima elencata dalla legge, ma non era stata esaminata per cui la polizza, in sede di valutazione a posteriori, appariva assolutamente non idonea e alcuni attestati di formazione risultavano scaduti;

2) il contratto, considerato come di mero "trasporto" e non gestito ex art. 26 d.lg. 81/2008, in realtà era qualificabile come appalto in ragione dei servizi ulteriori di carico e scarico;

3) per lavorazioni in ambienti confinati era stato utilizzato il modello contrattuale standard e non era quindi stata acquisita la documentazione necessaria ed ancora, il contratto di appalto prevedeva anche il comodato di attrezzature, senza che fosse stato integrato con la documentazione prevista dall'art. 72 d.lg. 81/2008;

4) l'infortunio era avvenuto nello svolgimento di attività non direttamente collegate all'oggetto del contratto di appalto, ma su richiesta e indicazione dei dipendenti del committente.

Occorre quindi individuare strumenti, molto spesso organizzativi, che possano **contemperare le esigenze di tutela con quelle produttive**. Può aiutare, per esempio, **(i)** prevedere una preliminare valutazione del contratto che individui, con esattezza, l'oggetto delle prestazioni e la disciplina contrattuale applicabile **(ii)** estendere anche agli appalti interni e per analogia la richiesta documentale di cui all'Allegato XVII (il DURC appare cautela minima, ma si può prevedere la produzione della polizza assicurativa o l'elenco nominativo dei lavoratori per verificare la regolarità dei rapporti di lavoro...) o comunque accertarsi che la documentazione richiesta sia conforme all'oggetto e qualifica del contratto; **(iii)** predisporre contratti chiari (che non significa necessariamente corposi) con specifiche clausole risolutive e penali, ma secondo modelli da adattare ad ogni situazione; **(iv)** redigere il DUVRI, in collaborazione con il fornitore, prima della sottoscrizione del contratto; **(v)** prevedere il coinvolgimento delle funzioni interessate e del SPP e, per garantire ciò, introdurre procedure che impediscano la sottoscrizione dei contratti in mancanza della documentazione prevista negli allegati e senza il visto del SPP; **(vi)** individuare con chiarezza i ruoli nell'organigramma e prevedere specifica formazione per il personale che si troverà a vigilare sulle modalità di esecuzione affinché comprenda appieno la differenza tra vigilanza e ingerenza.

CAUTELE E STRUMENTI DI PREVENZIONE

SGA E D.LGS. 231/2001

In termini generali, l'impresa può e deve intervenire – congiuntamente – su tre distinti livelli di tutela.

Contratti, condizioni contrattuali generali ed capitolati speciali rappresentano il primo strumento di disciplina del rapporto tra impresa e terzi. Definire in sede contrattuale significa prevedere clausole, anche di salvaguardia, garanzie, controlli e penali, attraverso le quali vincolare l'attività dei fornitori in termini di compliance legale. Senza considerare che in tema di rifiuti la disciplina contrattuale fornisce il parametro interpretativo della volontà delle parti (Cass. Pen. 35692/2011), rilevante in termini di ingerenza e di qualifica del committente come produttore giuridico. Evidentemente il contratto è strumento di tutela nella misura in cui è efficace. Ciò significa che la definizione contrattuale degli aspetti di rilevanza ambientale e di



sicurezza non deve essere condensata in mere conferme d'ordine, né diluita in format contrattuali “per tutte le stagioni”, inutilmente lunghi ed elaborati. I contratti devono essere semplici, chiari e *customizzati* rispetto al rapporto che intendono disciplinare.

Il secondo livello di tutela riguarda invece l'organizzazione dell'impresa come formalizzata nel **Sistema di Gestione** (conforme allo standard ambientale **ISO 14001** o alla disciplina **EMAS**, ovvero, in tema di sicurezza sul lavoro, agli standard **OHSAS 18001** e **ISO 45001**). La necessaria regolamentazione del rapporto con i fornitori non costituisce una novità nella prospettiva del miglioramento continuo della qualità: pensiamo alla valutazione degli aspetti ambientali indiretti nella gestione della *supply chain* (catena dei fornitori) quale **obiettivo della ISO 14001 nell'edizione 2009**. Un obiettivo peraltro non pienamente traguadato, tanto da portare l'UNI, nella recente versione del 2015, a rilanciare al rialzo questa sfida, estendendo ulteriormente l'attenzione dell'impresa alla catena dei terzi a monte ed a valle del processo produttivo (*Prospettiva del Ciclo di Vita*).

Nell'ambito del SG, efficaci procedure e protocolli operativi non garantiscono solo il miglioramento continuo della qualità, ma anche la compliance legale dell'impresa e dei terzi, costituendo così uno strumento di prevenzione e riduzione del rischio.

Il terzo ed ultimo livello di tutela è costituito dal **Modello di Organizzazione e Gestione (MOG) ex d.lgs. 231/2001**. Se infatti - come si è detto - le attività dei terzi sono processi sensibili e fattori di rischio, come tali devono essere mappati e gestiti nell'ambito della responsabilità d'impresa. Sappiano che non è opportuno che vi sia piena simmetria tra le procedure e protocolli del SG ed il MOG (pensiamo al concetto di segregazione, essenziale nel secondo e meno marcato nel primo); protocolli e procedure gestionali, se efficacemente adattati, possono però costituire un idoneo ostacolo alla commissione dei reati presupposto correlati alla figura dei terzi. Si tratta quindi di inquadrare il Sistema di Gestione come elemento di rafforzamento del MOG.

Ciò vale maggiormente oggi, nella nuova prospettiva introdotta dagli ecoreati (inquinamento e disastro ambientale su tutti), nella quale la mappatura 231 deve riguardare anche fornitori terzi diversi da quelli tipicamente considerati (smaltitori, trasportatori di rifiuti), come i terzi manutentori dell'impianto (serbatoi, *pipeways*, rete fognaria, *turnaround*, ...), i trasportatori delle materie prime e dei prodotti finiti, già da tempo considerati nel SGA.

Come detto, contratti, Sistemi di Gestione e MOG tutelano l'impresa nel rapporto con i terzi solo in quanto efficaci. Vediamo alcuni **consigli operativi** legati ai principali **ambiti di criticità**, che permettono all'impresa di ridurre il rischio di una contestazione a proprio carico o, quantomeno, di disporre di efficaci spunti in una prospettiva difensiva.

(1) Verifica documentazione, titoli ed autorizzazioni dei terzi fornitori.

Solitamente viene effettuata in fase di qualifica iniziale con acquisizione, a volte per stralci, della documentazione. Non è sufficiente, per due ragioni: **i)** i titoli non devono essere solo acquisiti ma anche valutati nel merito posto che *«la responsabilità non è evidentemente esclusa dal fatto che il terzo sia munito di autorizzazione, ma relativa a rifiuti diversi da quelli oggetto di conferimento, perché ciò si risolve nella mancanza di autorizzazione per i rifiuti conferiti»* (Cass. Pen. 26938/2013). Questa valutazione non può essere rimessa esclusivamente all'ufficio acquisti, ma è necessario, dal punto di vista procedurale, coinvolgere chi ha la competenza per verificare l'idoneità dei titoli (aree legale, ambiente, servizio di prevenzione e protezione, legali esterni), nonché subordinare la qualifica del terzo all'assenso espresso da parte di questi soggetti; **ii)** non possiamo poi dimenticare che un'autorizzazione, soprattutto ambientale, può essere sospesa o revocata dall'autorità competente. Per questa ragione l'impresa deve *«informarsi in modo rigoroso sulla reale validità della autorizzazione presso le competenti autorità»* (Cass. Pen.



40596/2013). In termini procedurali dovranno essere previste istanze di accesso, e/o contatti telefonici con la P.A., se non ad ogni conferimento, con una frequenza definita nell'SGA in base alle specifiche esigenze gestionali. Parallelamente, in termini contrattuali l'impresa potrà pretendere dal terzo una conferma periodica della validità del titolo ed una comunicazione tempestiva di ogni variazione, prevedendo penali in caso di ritardo ed inadempimento, fino ad arrivare all'esclusione del terzo dall'elenco fornitori.

(2) Qualifica di materie prime, materiali o residui come sottoprodotti. Il D.P.R. 120/2017 in tema di *materiali da scavo*, ma ciò vale per ogni *sottoprodotto*, accomuna le sorti e le responsabilità di produttore e utilizzatore. Se il Ministero dell'Ambiente (Circ. Min. Amb. n. 7319/2017) ritiene che qualora venga meno una delle quattro condizioni previste dall'art. 184-bis d.lg. 152/2006 «*viene meno la responsabilità dei detentori precedenti*», le Procure della Repubblica potrebbero non essere sempre del medesimo avviso. È perciò importante, da un punto di vista contrattuale, che il terzo (sia esso fornitore o acquirente di *sottoprodotti*) garantisca preventivamente la sussistenza delle condizioni richieste dalla normativa (magari utilizzando i contenuti della Scheda tecnica prevista all'Allegato 2 al d.m. 264/2016). Allo stesso modo, in termini procedurali, l'impresa deve prevedere una formazione iniziale e periodica ambientale dell'ufficio acquisti e vendite, nonché prevedere una consultazione preventiva con l'area ambiente e legale per ottenere da queste un assenso espresso al quale condizionare la sottoscrizione e/o la modifica di contratti in tema di *sottoprodotti*. Infine, è opportuno prevedere *audit* e sopralluoghi presso il terzo per accertarsi che le quattro condizioni siano rispettate non solo "sulla carta".

(3) Ingerenza. Se in tema di sicurezza l'obiettivo deve essere quello di evitare un'ingerenza (individuando contrattualmente e proceduralmente il soggetto unico incaricato di interloquire con l'appaltatore), in tema di ambiente l'ingerenza, alla quale si collega la qualifica del committente come *produttore giuridico* del rifiuto, è spesso doverosa. In termini contrattuali è pertanto opportuno individuare con chiarezza chi e quanti soggetti possano rivestire la qualifica di produttore del rifiuto. Una volta che l'impresa ha scelto se ingerirsi, nell'SGA deve essere previsto un bypass procedurale: **a)** in caso di ingerenza deve essere applicata una procedura che garantisca all'impresa l'adempimento agli obblighi normativi previsti in capo al produttore; **b)** se non si ingerisce, all'opposto, dovrà essere seguita una procedura che impedisca al committente di condizionare, nei fatti, l'attività dell'appaltatore.

(4) Laboratori di analisi. Si tratta dell'attività presupposta alle più rilevanti decisioni gestionali (caratterizzazione rifiuti, apertura procedimento di bonifica, comunicazione superamento nelle emissioni, ecc.), nonché terreno di contraddittorio con la P.A. Per cercare di evitare contestazioni l'impresa deve adottare procedure gestionali quali: **i)** preferire (o affiancare) laboratori esterni a quello interno, per garantire maggiore attendibilità al dato analitico; **ii)** prevedere una rotazione ciclica dei laboratori esterni (anche rispetto al singolo fornitore terzo); **iii)** in sede di qualifica, verificare l'accreditamento della metodica applicata dal laboratorio; **iv)** verificare, nella visura camerale del laboratorio, eventuali partecipazioni societarie incompatibili con la sua terzietà; **v)** utilizzare certificati di analisi, non meri referti, in originale o in copia conforme all'originale. In termini contrattuali spesso il laboratorio di analisi è fornitore di un fornitore dell'impresa. Questa prassi è da scoraggiare perché, in assenza di un rapporto diretto, l'impresa non può disciplinarne l'attività. È infatti opportuno prevedere a carico del laboratorio: **a)** il divieto di inviare bozze di analisi prima di procedere con l'emissione definitiva del certificato; **b)** il divieto di sospendere emissione del certificato ed il correlato obbligo di trasmissione tempestiva. Tutto ciò avendo ben chiaro che i contatti anche telefonici e la corrispondenza tra il laboratorio



e l'impresa possono essere oggetto di intercettazioni ambientali e/o di sequestri documentali.

CONSIDERAZIONI FINALI

Tutto è collegato. Le clausole che regolano il contratto di appalto con il fornitore possono assumere rilevanza anche, ad esempio, per individuare il produttore del rifiuto, in senso materiale e/o giuridico. Da tale regolamentazione, tipica del diritto privato, possono, dunque, derivare conseguenze in termini di responsabilità amministrativa e penale.

Giurisprudenza al centro. La normativa ambientale è recente, tecnica e deve coniugare aspetti e istituti di diritto civile e di diritto pubblico. In questo contesto, vuoi perché le diverse esigenze e le diverse finalità che si perseguono non sempre coincidono, vuoi perché il legislatore raramente riesce a recepire con la necessaria tempestività i nuovi approdi della scienza, la giurisprudenza assume un ruolo centrale per interpretare (e a volte per completare) il quadro normativo spesso incerto.

Soluzioni su misura. Nella redazione della documentazione, sia essa un contratto o un Sistema di Gestione, non è consigliabile affidarsi a modelli disponibile in rete o a schemi precedentemente adottati nella stessa azienda. Questi sono sicuramente una valida base di partenza, ma il prodotto finale dovrà sempre essere *taylor made*.

A volte basta poco. Per raggiungere queste soluzioni su misura a volte basta soltanto compiere piccole modifiche, puntuali e meditate, del modello iniziale.

I terzi sono partner. Il legislatore ci impone di trarre quest'ultima conclusione, nel momento in cui ha creato la figura del produttore giuridico affiancata talvolta al produttore materiale del rifiuto, o quando, in materia di terre da scavo, ha previsto che l'esecutore dell'opera debba fare proprio il Piano di Utilizzo redatto dal proponente. La leale collaborazione tra le parti è, dunque, un dato irrinunciabile.

Per la redazione di questo Speciale B&P hanno collaborato:

Luciano Butti (area stragiudiziale), Federico Peres, Alessandro Kiniger e Attilio Balestreri (area processuale amministrativa), Marina Zalin e Barbara Stefanelli (area processuale penale), Francesca Masso e Luca Montemezzo (area civile).

Milano-Verona, 26 febbraio 2018

